Das abstrakte Rechtsgeschäft im Verhältnis zum unsittlichen Kausalgeschäft.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

KARL-HEINZ HILMER
Gerichtsreferendar
aus Köthen

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 11. Oktober 1932.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

SCHRIFTTUM.

André: Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. In: Marburger Festgabe für Enneccerus 1913.

Asch: Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Rechtsgeschäften des Schuldners zum Nachteile der Gläubiger, in JW. 12, 65 ff.

Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867.

Biermann: Kommentar zum BGB.; Sachenrecht 3. Aufl. 1914.

Breyhan: Abstrakte Uebereignung und Parteiwille in der Rechtssprechung 1929 (in Abhandlungen der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen).

Brütt: Die abstrakte Forderung nach Dt. Reichsrecht 1908.

Bruck: Die Einigung im Sachenrecht 1900.

Cahn: Die Sicherungsübereignung als gangbarste Form des Kreditgeschäfts. Z.Bl.H.R. 1926, 426.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7. Aufl., 1922 und Bd. 2 6. Aufl. 1923.

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, Sachenrecht 1. Aufl. 1905.

Dernburg: Bürgerliches Recht Bd. 1, 1.—2. Aufl. 1902, Bd. 2, 3. Aufl. 1905, Bd. 3, 4. Aufl. 1908.

Dernburg: Pandekten 1. u. 2. Band, 6. Aufl. 1900 (7. Aufl. 1903).

Dick: Der Verstoß gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis, Arch. B.R. 33 S. 74 ff.

Du Chesne: Die Psychologie d. abstrakt. Vertrages, Z.f.Bayr.Rpfl. 1922, S. 165.

Eckstein: Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen, Arch. B.R. 41, S. 178 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 8. Aufl., 1903 und Bd. 2, 7. Aufl. 1900.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearbeitung, 28.—20. Aufl., Marburg 1928.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Einltg. Allg. Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb. 1930.

Ewald: Ueber das Verhältnis von § 31 KO. und § 3 Anf.Ges. zu den §§ 138, 823, 826 BGB. In: Arch.Z.Pr. 120, S. 251 f.

Ferge: Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte. Greifsw. Diss. 1919.

Fischer: Die Rechtswidrigkeit, München 1911.

Förster: Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb. In: Recht 05, S. 356 ff.

Goldmann: Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausalgeschäft und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des Ersteren § 139 BGB. anwendbar? Gruch.Beitr. 56, S. 161 ff.

Goldmann-Lilienthal: Bürgerliches Gesetzbuch 1. Bd. 2. Aufl. 1903.

Groh: Sittenwidrige Erfüllungsvereitelung in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben (Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts) 3. Bd. 1929 S. 117 ff.

Haymann: Zur Frage nach der Gültigkeit der Bordellveräußerung und Bordellbelastung, DJZ. 1913, Sp. 1114 f.

Hölder: Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft DJZ. 1908, Sp. 46 ff.
Jacoby: Das Wuchergeschäft in Jher.Jahrb. 60, 229 ff.
Jaeger: Kommentar zur KO. 6. u. 7. Aufl. 1931.
v. Jhering: Der Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 3. Aufl. 1877.
Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtl. Grundes 1902.
Kaufmann: Wirkt die Anfechtung des Kausalgeschäfts wegen Willensmangels auch auf die dingliche Einigung? JW. 1904 S. 349 ff.
Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. 1892.
Krückmann: Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB. Arch. Bürgerl. Recht Bd. 13 S. 1 ff.
Kipp: Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Klein: Kann das abstrakte Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung nach deutschem Bürgerlichen Gesetzbuch jemals wegen Unsittlichkeit nichtig sein? Allgem. Oesterr. Gerichtsztg. 1903 S. 391.
Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes. 1901.
Klingmüller: Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Teil I. 1906.
Kohler: Das Ideale im Recht. Arch.Bürgerl.Recht Bd. 5 S. 161 ff.
Kriegsmann: Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung. 1905.
Lentschütz: Ist § 139 BGB. auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte anwendbar? DJZ. 1909 S. 431 ff.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Münch.-Leipz. 1929.
Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. Münch.-Leipz. 1931.
Leonhard: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1926.
Leonhard: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Arch.Ziv.Prax. Bd.120 S.14 ff..
Lotmar: Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. 1896.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Marcuse: Wirkung der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft. Gruch.Beitr. 66 S. 159 ff.
Matthiessen: Eigentumsübertragg. an Bordellgrundstücken. JW. 1911 S. 923 ff.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.
Mitteis: Aus römischem und bürgerlichem Recht II: Zur Auslegung von BGB. § 138 Abs. 1, in Leipz. Festschr. f. Wach 1918 S. 15 ff.
Meier: Die Einwirkung der wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 I BGB. nichtigen obligatorischen Rechtsgeschäfte auf die Rechtswirksamkeit des zu einer Erfüllung vorgenommenen abstrakten Geschäfts. Marburger Diss. 1927.
Neubecker: Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen. Arch. Bürgerl. Recht Bd. 22 S. 34 ff.
Neuner: Abstrakte und kausale Uebereignung beweglicher Sachen. Rhein. Zeitschr. 1925 S. 9 ff.
Oertmann: Kommentar zum BGB. Allgem. Teil 5. Aufl. 1929; Recht der Schuldverhältnisse, 3.—4. Aufl. 1910.
Oertmann: Sittenwidrige Handlungen. DJZ. 1903 S. 325 ff.
Oertmann: Abstraktes Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrund. DJZ. 1902 S. 105 ff.
Oertmann: Die Geschäftsgrundlage. 1921.
Ortlieb: Das Anfechtungsgesetz und § 826 BGB. Arch. Bürgerl. Recht Bd. 30 S. 32 ff.
Planck: Kommentar zum BGB. I. Bd. 4. Aufl. 1913. II. Bd. 4. Aufl. 1914.
Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen. Bd. I, 1899.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 7. Aufl. 1929.
Rosenberg: Sachenrecht. 1. Halbband 1919.
Rumpf: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB. Arch.Ziv.Prax. Bd. 117 S. 315 ff.

Schäfer: Die Rechtsprechung über die Sicherheitsübereignung. Arch.Bürgerl. Recht Bd. 38 S. 1 ff.
Schreiber: Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom obligatorischen Vertrage bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften. Gruch.Beitr. 52 S. 515 ff.
Staffel: Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrag. Sächs. Arch. für Bürgerl. Recht Bd. 9 S. 360 ff.
Staub: Kommentar zum HGB. 12.—13. Aufl. 1926/27.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1926.
Steinbach: Die guten Sitten im Recht. DJZ. 1899 S. 47 ff.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. 1928.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1910; II. Bd. 1. Hälfte 1914; 2. Hälfte 1918.
v. Tuhr: Der Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrage. Arch.Ziv.Prax. Bd. 120 S. 1 ff.
v. Tuhr: Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen. 1903.
Werneburg: Die Anwendbarkeit des § 139 BGB. auf Kausal- und Erfüllungsgeschäfte. Zentralbl. f. Freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 18 S. 373 ff.
Windscheid: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.
Windscheid: Die Voraussetzungen. Arch.Ziv.Prax. Bd. 78 S. 161 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Bd.: Sachenrecht, 8. Bearbeitung, 1929.
Wüstendörfer: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Arch.Ziv.Prax. Bd. 110 S. 219 ff.

INHALTS-VERZEICHNIS.

Seite

1 § 1. A. Begriff und Bedeutung der abstrakten Natur der dinglichen Erfüllungsgeschäfte.

6 § 2. B. Begriff der Unsittlichkeit und Bedeutung von Beweggrund und Zweck für die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts.

C. Die Ansichten über die Frage der Unsittlichkeit der dinglichen Erfüllungsgeschäfte.

12 § 3. I. Erste Ansicht: Das Erfüllungsgeschäft ist bei Unsittlichkeit der causa selbst unsittlich und nichtig.

a) aber Abstraktion bedeutet gerade Loslösung von der causa,

b) auch schließt § 138 die Abstraktion nicht aus, dafür
17 § 4. spricht § 817 BGB., der sonst unanwendbar wäre, und
24 die geschichtliche Entwicklung.

25 § 5. II. Zweite Ansicht: Das Erfüllungsgeschäft ist immer gültig, auch wenn das Kausalgeschäft unsittlich ist.

a) wegen der abstrakten Natur der Einigung — aber Abstraktion bedeutet nur Loslösung von der causa (Absicht das Kausalgeschäft zu erfüllen); die besonderen Zwecke, die gerade mit dem dinglichen Erfüllungsgeschäft verfolgt werden, können das Erfüllungsgeschäft unsittlich machen.

b) nur durch den Inhalt des Geschäfts könne Unsittlichkeit bewirkt werden. Aber die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts beruht fast immer auf der Unsittlichkeit der Parteizwecke

28 III. Mittelansicht: Ausnahmsweise ist bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts das dingliche Erfüllungsgeschäft selbst unsittlich und nichtig.

29 § 6. a) im Fall der stillschweigenden Bedingung,
33 § 7. b) wenn ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 BGB. vorliegt,
37 § 8. c) bei den sogenannten langgestreckten Verfügungen (Mitteis).

D. Eigene Ansicht.

39 § 9. I. Das dingliche Erfüllungsgeschäft ist nur dann unsittlich, wenn gerade die dingliche Rechtsübertragung unsittlich ist, wenn gerade mit der dinglichen Rechtsänderung unsittliche Zwecke verfolgt werden.

41 II. Behandlung der wichtigsten Fälle, in denen das dingliche Erfüllungsgeschäft selbst unsittlich ist:

41 § 10. a) das Erfüllungsgeschäft des Bewucherten § 138 II.
45 § 11. b) sonstige unsittliche Erfüllungsgeschäfte
45 1. die Gläubigerbenachteiligungsgeschäfte (Sicherungsübereignung, Forderungsabtretung),
47 2. Erfüllungsvereitelung.
48 3. Forderungsabtretung zwecks Benachteiligung des Beklagten im Prozeß.

50 § 12. E. Die Ansicht des Reichsgerichts.

Ist ein wegen Unsittlichkeit nichtiger Vertrag erfüllt worden, so taucht die Frage auf, wie die Leistungen von den Parteien zurückgefordert werden können. Ist nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung gegeben oder können die Parteien mit der Eigentumsklage ihre Leistungen herausverlangen? Von besonderer Bedeutung ist die Frage auch deshalb, weil, wenn man nur den obligatorischen Anspruch für gegeben erachtet, in vielen Fällen gemäß § 817 Satz 2 BGB. ein Rückforderungsanspruch gar nicht besteht, während diese Bestimmung auf den Eigentumsanspruch keine Anwendung findet.

§ 1.

BEGRIFF UND BEDEUTUNG DER ABSTRAKTEN NATUR DER DINGLICHEN ERFÜLLUNGSGESCHÄFTE.

Da ein gegen die guten Sitten verstoßendes obligatorisches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig ist, ist zunächst zu fragen, ob das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht schon wegen der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts unwirksam ist. Kann bei Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts überhaupt das dingliche Erfüllungsgeschäft gültig zustande kommen? Es ist hier an die zwei Möglichkeiten des Rechtsübergangs, an die kausale und an die abstrakte Gestaltung, zu denken. Bei der kausalen Gestaltung wird der Rechtsübertragungszweck (Rechtsgrund), der, abgesehen von den stets unberücksichtigten Motiven, die Uebertragung begründet und rechtfertigt, mit in den Tatbestand der Rechtsübertragung aufgenommen und zur Voraussetzung der dinglichen Wirkung gemacht. In diesen Fällen hängt also die Eigentumsübertragung unmittelbar ab von dem Bestand des Grundgeschäfts. Ist dieses unmöglich, unsittlich, unerlaubt oder haben sich die Parteien nicht geeinigt, so kann auch das dingliche Recht nicht übergehen. Das abstrakte Erfüllungsgeschäft ist demgegenüber erst eine künstliche Konstruktion der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung. Bei jedem Vermögensgeschäft geht die Parteiabsicht auf die Vermögensverschiebung und auf den Zweck dieser Verschiebung. Hier ist nun Abstraktion insofern denkbar, als man den Rechtsübertragungszweck völlig ausscheiden kann und allein die auf die Vermögensverschiebung gerichtete Absicht für beachtlich erklärt. Voraussetzung ist hierfür natürlich das Vorhandensein einer solchen auf die Vermögensverschiebung gerichteten Absicht. Zweifellos ist hierbei, wie überall bei den Rechtsgeschäften, nicht erforderlich, daß bei Vornahme des Rechtsgeschäfts der rechtliche Erfolg gewollt sein muß. Der Handelnde muß durch den Inhalt seiner Absicht lediglich den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts unzweideutig konkretisiert haben [1]). Es ist also nicht nötig, daß gerade die einzelnen Rechtswirkungen beabsichtigt sind; vielmehr genügt es, wenn nur

1) Manigk S. 83.

die wirtschaftlichen Folgen einer Rechtswirkung im Vertrauen auf die Hilfe der Rechtsordnung gewollt sind, da diese die Rechtswirkung meist unzweideutig bezeichnen. Es ist für unsere Frage also gleichgültig, ob die Parteien „Eigentum" übertragen oder die Sache nur derart übergeben wollen, daß der Empfänger sie immer für sich allein haben soll. In beiden Fällen wird unzweideutig das Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung bezeichnet, und es treten daher, wennn der ganze Tatbestand desselben verwirklicht ist, deren Folgen ein. Ist nun eine auf die Vermögensverschiebung gerichtete Absicht in dem eben geschilderten Sinne vorhanden, so ist es begrifflich durchaus möglich, daß die Rechtsordnung aus Zweckmäßigkeitsgründen das an sich zusammengehörige trennt, indem sie die Begründung des Eigentums sowie der anderen dinglichen Rechte unabhängig von dem Rechtsgrunde des Erwerbers eintreten läßt [2]). Denn das Recht stattet den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts mit einer ganzen Anzahl von Wirkungen aus, von denen manche durchaus nicht bezeichnet und gewollt zu sein brauchen. Für das Recht sind nicht nur Rücksichten maßgebend, die im Interesse des Handelnden liegen, sondern auch allgemeine Verkehrsinteressen. Ist also von den Parteien ein Rechtsgeschäftstatbestand bezeichnet, so treten dessen sämtliche Folgen ohne weitere Berücksichtigung des Parteiwillens ein. Die Bedeutung des abstrakten Erfüllungsgeschäfts liegt also darin, daß die Kundgebung des auf die Herbeiführung des rechtlichen Erfolges gerichteten Willens der Beteiligten genügt, und daß es auf einen Rechtsgrund nicht ankommt. Das abstrakte Rechtsgeschäft ist wirksam ohne Rücksicht darauf, ob ein Rechtsgrund bestand und worin er bestand. Notwendige Folge der abstrakten Gestaltung der Erfüllungsgeschäfte ist freilich die Uebernahme des römischen Kondiktionssystems. Denn wer ohne Rechtsgrund sein Eigentum durch das abstrakte Uebereignungsgeschäft verloren hat, kann nicht dauernd ohne Hilfe bleiben. Er erhält daher gegen denjenigen, welcher das Eigentum grundlos erlangt hat, die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Insofern kommt dem Zweckmoment also doch noch eine große Bedeutung zu. Wenn das Grundgeschäft auch die Wirkung des Uebertragungsaktes nicht unmittelbar beeinflußt, so hat es doch Einfluß auf deren Bestand. Denn wenn der Zweck nicht erreicht wird, so entsteht für den Veräußerer ein obligatorischer Anspruch auf Rückgewähr des Erwerbs.

Gegen die begriffliche Trennung von Mittel und Zweck hat sich vor der Entstehung des BGB. in scharfen Angriffen vor allem Kindel gewandt. Nach ihm ist der ganze Willensakt ein einheitlicher, und die Glieder der Erklärungen können nicht auseinandergerissen werden [3]). Der Rechtsübertragungswille existiere nur mit causa, folglich sei ein causaloser Wille etwas gar nicht vorhandenes; von dem nichtexistierenden Tatbestand aber lasse sich ein Rechtserfolg nicht abhängig machen [4]). Es soll also verwehrt sein, bei einem Tatbestand das juristisch Erhebliche von dem Belanglosen abzusondern und den Rechtserfolg allein von dem Vorhandensein nur des

2) Abstraktion auch von Jhering „Geist des römischen Rechts" III S. 210 gebilligt. „analytische Ausscheidung des Kausalmoments".
3) a.a.O. S. 324.
4) a.a.O. S. 14.

Ersteren abhängig zu machen. Diese Ansicht ist aber mit der geltenden Rechtsauffassung nicht vereinbar [5]). Denn dem Recht steht es zu, die für einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand erforderlichen Momente festzusetzen und ohne Rücksicht auf den Parteiwillen die Rechtswirkungen zu bestimmen. Dafür, daß das Recht auch ungewollte Wirkungen eintreten läßt, sind nicht nur die Interessen des Handelnden, sondern auch anderer beteiligter Personen oder allgemeine Rücksichten maßgebend. Und daß das Recht auch ungewollte Wirkungen eintreten läßt, beweisen z. B. die dinglichen und persönlichen Wirkungen des Pfandverkaufs, an die der verkaufende Pfandgläubiger in ihrer Gesamtheit nicht zu denken, geschweige sie zu wollen braucht. Die Folgerung, die Kindel aus seiner Lehre ziehen muß und die er auch zieht, ist, daß der Veräußerer mit der condictio nicht einen obligatorischen Rückforderungsanspruch erhebt, sondern mit der Klage die Nichtigkeit des Uebertragungsaktes geltend macht.

Während das Buch Kindels vor dem Inkrafttreten des BGB. erschien, und der Verfasser nur gegen den „Entwurf" zum BGB. wegen seiner Anerkennung des abstrakten Vertrages vorging, hat du Chesne [6]) zur Zeit des Bestehens des BGB. den Kampf gegen den abstrakten Vertrag aufgenommen. Auch er bezeichnet die Trennung des psychologisch einheitlichen Vorgangs in zwei selbständige Geschäfte (Uebereignung und Kausalgeschäft) als nach den Grundsätzen der Logik unhaltbar. Es gebe kein Mittel, die Abhängigkeit des Erfüllungsvertrages vom richtunggebenden Willen des Kausalvertrages zu durchbrechen; der Erfüllungsvertrag sei seiner Natur nach abhängig vom richtunggebenden Kausalvertrag und die Auseinanderreißung beider ein logischer Widerspruch. Was aber der Logik widerspreche, könne nicht Recht sein.

Widerspricht nun diese begriffliche Trennung durch die Rechtsordnung wirklich der Logik? Logisch bedeutet soviel wie folgerichtig. Man wird nun bei der Beurteilung ein und desselben Vorganges zu ganz verschiedenen und doch logischen Ergebnissen kommen, je nach dem Gesichtspunkt, unter welchem man den Vorgang betrachtet. Während die Psychologie sich lediglich mit der Untersuchung, der Analysierung und Klassifizierung der einzelnen Willens- und Gedankenvorgänge befaßt und diese Erscheinungen, soweit das überhaupt menschenmöglich ist, rein objektiv, ohne einen über diese objektive Wertung hinausgehenden Zweck wertet, begnügt sich die Rechtswissenschaft nicht damit, den Zusammenhang eines tatsächlichen Vorgangs einfach rein objektiv auf die rechtliche Behandlung dieses Vorgangs zu übertragen. Vielmehr wird die Rechtsordnung den Vorgang rechtlich immer so gestalten, wie es dem Zweck des Rechts am besten entspricht [7]). Die Abstraktion des Willens vom Zweck ist zwar eine psychologische Unmöglichkeit, aber die abstrakte Regelung hat die Bedeutung, daß die juristische Betrachtung den Willen aus seinem psychologischen Zusammenhang herauslöst [8]). Der Irrtum du Chesne's beruht also in der Verwech-

5) Zitelmann „Irrtum und Rechtsgeschäft"; Oertmann in Grünh. Z. 21, 738 ff.
6) Z. f. Rpfl. Bay. 1922, 165 f.
7) So auch Breyhan S. 19 f.
8) Kriegsmann S. 67 f.

selung von wirklicher tatsächlicher Abstraktheit und abstrakter Behandlung. Nachdem hiermit nachgewiesen ist, daß die abstrakte Gestaltung der Rechtsübertragung begrifflich möglich ist, und die Trennung von Mittel und Zweck vom Standpunkt des ganzen Rechtssystems nicht unlogisch ist und demnach Recht sein kann, kann weiterhin untersucht werden, ob das abstrakte Vermögensgeschäft im BGB. rechtlich zur Anerkennung gelangt ist.

Welchen von den beiden oben geschilderten Wegen der Rechtsübertragung eine Rechtsordnung einschlägt, läßt sich nicht a priori bestimmen. Jedenfalls ist nicht zuzugeben, daß die abstrakte Gestaltung begrifflich aus dem Wesen der Rechtsübertragung als eines sachenrechtlichen Geschäfts folge.

Das BGB. hat für die Rechtsübertragung bei Grundstücken und bei Fahrnis verschiedene Bestimmungen getroffen. Diese Verschiedenheit darf für unsere Untersuchung zunächst außer Betracht bleiben, da alle Arten der Rechtsübertragung hinsichtlich des uns hier interessierenden Willensmoments übereinstimmen. Nach § 873 BGB. ist die Einigung der Beteiligten über die Rechtsänderung an einem Grundstücke erforderlich, und dasselbe bestimmen die §§ 929, 1032, 1205 BGB. hinsichtlich der Rechtsänderung bei Fahrnis. Aus dieser gesetzlichen Formulierung, daß zur Rechtsänderung die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Kenntlichmachung des Rechtsübergangs erforderlich sei, zieht die h. L. den Schluß, daß bei Vorliegen dieser Erfordernisse die dinglichen Rechte ohne Rücksicht auf den zu Grunde liegenden Titel auf den Erwerber übergingen. Hier erhebt nun Neuner [9]), jedenfalls hinsichtlich der Uebereignung beweglicher Sachen, den Einwand, daß der § 929 BGB. dadurch, daß er zur Uebertragung des Eigentums Einigung und Uebergabe erfordere, eben nur zwei, nicht aber alle Erfordernisse festgelegt habe. „Erforderlich" sei noch kein „genügend". Denn man könne die Bestimmungen des Gesetzes ganz gut so auslegen, daß die Einigung mit der Kausalvereinbarung zusammen erst ein einheitliches Geschäft bilde. Aber eine solche Auslegung widerspricht dem Sinne, den der logische und auch gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Worte „erforderlich" verbindet. Denn wenn das BGB. unter Abgrenzung gegenüber anderen Tatbeständen Erfordernisse für bestimmte zu erzielende Wirkungen aufstellt, so kann das nur im erschöpfenden Sinne gemeint sein. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß das BGB. den auf die dingliche Wirkung gerichteten Willen ausdrücklich als Tatbestandserfordernis der Rechtsänderung aufstellt. Dies muß doch auffallen. Denn die Uebereignung ist ein Vertrag und das Gesetz pflegt sonst den Willen, den Vertrag abzuschließen, nicht als Vertragserfordernis besonders hervorzuheben und seinem Inhalte nach genauer zu bestimmen. Denn bei einem Vertragsschluß bestimmten Inhalts ist der auf diesen Inhalt bezügliche beiderseitige und übereinstimmende Wille als Erfordernis selbstverständlich. Wenn das Gesetz sich hier nicht der sonst geübten Knappheit des Ausdrucks befleißigt, so müssen dafür wichtige Gründe vorliegen. Die Hauptbedeutung dieser Formulierung liegt in dem, was sie stillschweigend negiert. Ueberall wird die Einigung bezüglich des Eigentumsübergangs gefordert neben den formalen Geschäftselementen, aber auch

9) Rhein. Z. 1926, 27 f.

nicht mehr. Damit ist gesagt, für die Rechtsübertragung kommt lediglich der auf den Eigentumsübergang gerichtete Willensübergang in Frage, der Rechtsgrund bleibt aber bei der rechtlichen Beurteilung ganz außer Betracht [10]).

Neben der Stellung der §§ 873, 929 usw. BGB. innerhalb einer Systematik und neben deren Wortlaut zeigt aber vor allem das Kondiktionensystem die Auffassung des Gesetzes von der abstrakten Natur der Rechtsübertragung. Allerdings bestreitet Neuner [11]) ebenfalls, daß in dem Vorhandensein eines Kondiktionensystemes ein Anhaltspunkt für die behauptete Anerkennung der abstrakten Uebereignung im Gesetz zu finden sei. Er begründet seine Auffassung damit, daß einmal das französische Recht ein Kondiktionensystem, aber keinen abstrakten dinglichen Vertrag kenne, andererseits auch die Möglichkeit einer Kondiktion von mittelbaren Zuwendungen oder einer condictio possessionis bestünde. Was den ersten Grund, die Bezugnahme auf das französische Recht, betrifft, so ist hier für die Auffassung das BGB. nur auf die umfangreichen Vorarbeiten zur Kodifikation, die eindeutig den Standpunkt des BGB. zum Ausdruck bringen, zu verweisen [12]). Hinsichtlich des zweiten Grundes ist hervorzuheben, daß die beschränkten Kondiktionsmöglichkeiten Neuners einmal nur seltene Ausnahmefälle treffen, daß aber außerdem auch für diese Fälle besondere Bestimmungen bestehen, die einen Ausgleichsanspruch gewähren, so daß es des besonderen Aufbaues eines Kondiktionssystems nicht mehr bedurft hätte. Ein näheres Eingehen auf diese Fragen findet unten bei der spezielleren Behandlung des Verhältnisses von § 138 zu § 817 BGB. statt. (§ 4) Die Einwendungen Neuners gegen die Beweiskraft des Kondiktionensystems für die Festlegung des abstrakten Vertrages im BGB. sind demnach nicht überzeugend. Es ist also nach alldem an der rechtlichen Anerkennung des abstrakten Vertrages durch das BGB. nicht mehr zu zweifeln. Auf die praktischen Gesichtspunkte der abstrakten Regelung, insbesondere auf die Bedeutsamkeit der Abstraktion im Verhältnis zu dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers, kann hier nicht eingegangen werden. Nur soviel sei gesagt, daß die Wirkung der abstrakten Regelung durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht erschöpft wird [13]).

Es sollte mit dem Vorstehenden bewiesen werden, daß die abstrakte Gestaltung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts begrifflich möglich und im BGB. rechtlich zur Anerkennung gelangt ist. Damit ist dann auch erwiesen, daß die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts für das Zustandekommen der dinglichen Rechtsänderung ohne Einfluß ist. — Nunmehr kann zu der spezielleren Frage Stellung genommen werden, ob das wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtige Kausalgeschäft das dingliche Erfüllungsgeschäft beeinflußt.

---

10) Cosack II § 196, 6, a S. 107; v. Tuhr S. 4; Kriegsmann § 4 S. 20 f.
11) Rhein. Z. 1926, 27 f.
12) Eingehend hierüber Prinz: „Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung" S. 6 ff.; Breyhan S. 21.
13) Bei kausaler Gestaltung müßte sich z. B. der gute Glaube des Dritterwerbers auch auf das Kausalverhältnis zwischen dem Veräußerer und dessen Vormann beziehen. v. Thur, Allg. T. II. 2 § 73 III.

Hier werden vor allem zwei Ansichten vertreten, die eine, welche die Frage grundsätzlich bejaht, und die andere, welche sie grundsätzlich verneint. Zunächst soll auf die erste Ansicht eingegangen werden. Es erscheint auf den ersten Blick unmöglich bei Anerkennung des abstrakten Vertrages die Ansicht zu vertreten, daß bei Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen Unsittlichkeit auch das dingliche Erfüllungsgeschäft nichtig sei. Die Vertreter dieser Theorie, die fast ausnahmslos den abstrakten Vertrag anerkennen, fußen jedoch nicht auf dem Satz, daß die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge habe, sondern darauf, daß bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts auch das zu seiner Erfüllung vorgenommene Geschäft unsittlich und deshalb nichtig sei. — Aus der abstrakten Natur der dinglichen Einigung kann die Entscheidung dieser Frage allein nicht abgeleitet werden. Denn es handelt sich garnicht darum, ob die Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts das Erfüllungsgeschäft ohne weiteres gleichfalls zunichte macht, sondern vielmehr, ob der Zweck, das unsittliche Kausalgeschäft zu erfüllen, vermöge seiner unsittlichen Natur nicht auch das dingliche Leistungsgeschäft als unsittlich erscheinen läßt, sodaß es selbst nach § 138 unsittlich wird. Dafür, daß die in der Erfüllung eines unsittlichen obligatorischen Geschäfts vorgenommenen Verfügungen grundsätzlich nichtig seien, sind zunächst Dernburg [14]), Neubecker [15]) und Klingmüller [16]) eingetreten. Diese Schriftsteller gehen alle davon aus, daß der § 138 im Allgemeinen Teil stehe und daher auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung finde. Die zur Erfüllung eines unsittlichen Kausalgeschäfts getroffenen Verfügungen seien als solche Rechtsgeschäfte und daher nichtig, wenn sie selbst unsittlich im Sinne des § 138 seien. Sie nehmen also an, daß die zur Erfüllung eines unsittlichen Geschäfts vorgenommenen Verfügungen aus diesem Grunde selbst unsittlich im Sinne des § 138 seien. In der Begründung dieser Frage weichen nun die Vertreter der hier zu behandelnden Meinungen von einander ab. Dernburg nimmt an, daß bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts die aus ihm erwachsende causa des Erfüllungsgeschäfts deshalb unsittlich sei, weil die Loslösung des Erfüllungsgeschäfts von der causa nicht soweit durchgeführt werden dürfe, daß die causa auch in Anbetracht des § 138 als unbeachtlich behandelt werde.

§ 2.

BEGRIFF DER UNSITTLICHKEIT UND BEDEUTUNG VON BEWEGGRUND UND ZWECK FÜR DIE UNSITTLICHKEIT EINES RECHTSGESCHÄFTS.

Zur Klärung der letzten Frage soll zunächst auf das Verhältnis von Rechtsgeschäft zur causa und auf die Bedeutung der Beweggründe für die Frage der Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts eingegangen werden.

Bei jedem Rechtsgeschäft walten in der Psyche der Parteien bestimmte Zweckvorstellungen ob. Diese psychologisch durchaus einheitlich erschei-

14) Band 3 S. 221 ff.
15) Arch.B.R. Bd. 22 S. 34 ff.
16) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 133 ff.

nenden Zweckvorstellungen stehen zu dem Geschäftsinhalt teils in näherer, teils in fernerer Beziehung. Je nachdem die Partei ihre Zweckvorstellung eng auf den Geschäftsabschluß bezieht oder fernliegende innere Beweggründe mit dem Geschäftsabschluß verbindet, werden diese Zweckvorstellungen von der Rechtsordnung in solche gesondert, die rechtserheblich sind, und solche, die für die Rechtsordnung vermöge ihrer fernen Beziehung zum Geschäft unerheblich sind. So bleiben im allgemeinen die Motive der Parteien rechtlich unbeachtlich. Die Zwecke, zu denen etwas gekauft oder gemietet wird, sind zwar für die Parteien ausschlaggebend, aber für den Gegner gleichgültig, und da die Rechtsordnung es nicht zulassen kann, daß die eine Partei ihre falschen Berechnungen auf den Vertragsgegner abwälzt, so hat sie die Motive für unbeachtlich erklärt. In der Reihe der Zwecke und der ihnen entsprechenden Motive hat nach alledem in der Regel nur der unmittelbar in dem Rechtsgeschäft liegende eine rechtliche Bedeutung [1]). Andere und weiter zurückliegende Zwecke können die Parteien nur durch Einigung zu rechtlicher Bedeutung erheben. Was die uns allein interessierenden Zuwendungen anbetrifft, so sind sie im Vermögensrecht von der Rechtsordnung geschaffene Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes.

Die Kontrahenten wollen, daß die Zuwendung innerhalb des Güterverschiebungsprozesses eine bestimmte wirtschaftliche Funktion ausübt; sie übertragen ein Recht, um eine Verpflichtung zu erfüllen. Diesen Zweck nennt man nach einer aus dem gemeinen Recht kommenden Bezeichnung causa [2]). Als typische Verkehrszwecke hat man die bekannten Arten der causae credendi, donandi und solvendi anzusehen. Die rechtliche Bedeutung dieser causa zeigt sich darin, daß die Zuwendung gerechtfertigt, d. h. beständig ist, wenn der Zweck erreicht wird; sie hat dann ihren rechtlichen Grund. Wird der Zweck nicht erreicht, so ist die Zuwendung entweder ebenfalls hinfällig — so bei den Kausalgeschäften — oder sie besteht weiter, ist aber mittels condictio zurückklagbar — so bei den abstrakten Geschäften. Die abstrakte Natur zeigt sich also in der Unabhängigkeit von der causa. Hieraus geht hervor, daß die abstrakte Gestaltung nur Unabhängigkeit von der Zweckerreichung, der sogenannten objektiven causa, nicht auch von sonstigen Parteiabsichten und Parteizwecken zur Folge hat. Denn die Unabhängigkeit von sonstigen Parteizwecken ist nicht erst durch abstrakte Gestaltung bedingt, sondern steht auch ohne dies fest. Die Bedeutung dieser Erörterung liegt darin, daß es in Fällen, wo die Rechtsordnung die Parteizwecke ausnahmsweise für rechtlich bedeutsam erklärt (§ 138), möglich ist, Parteizwecke, die die Parteien in den Tatbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts aufgenommen haben, bei der Bewertung des Rechtsgeschäfts zu beachten, ohne dadurch notwendig auch die causa als maßgeblich für das Zustandekommen der Zuwendung erklären zu müssen. Eine solche Bestimmung, welche ausnahmsweise die Parteizwecke als rechtlich beachtlich heranzieht, ist der § 138, der bestimmt, daß ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist.

1) v. Tuhr § 72 I.
2) Leonhard: Allg. Schuldrecht § 185 bis § 189.

Es soll nun unsere nächste Aufgabe sein, zu untersuchen, wann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt. Denn Voraussetzung für die Lösung der gestellten Aufgabe, ob das dingliche Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen kann, ist die vorherige Beantwortung der Frage, wann ein Rechtsgeschäft im allgemeinen gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 verstößt, da dann erst festgestellt werden kann, ob vielleicht Besonderheiten bei dem abstrakten Erfüllungsgeschäft einen solchen Fall unmöglich machen. Die Beantwortung dieser Frage zerfällt in zwei Teile, von denen der eine den anzulegenden Maßstab betrifft, der andere dagegen den Gegenstand, an den dieser Maßstab angelegt werden soll. Was die erste Frage anbetrifft, so ist schon seit langem in Literatur und Rechtsprechung der Grundsatz anerkannt, daß als Maßstab für die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts das Sittlichkeitsgefühl der billig und gerecht denkenden Volksgenossen genommen werden muß, und zwar sind regelmäßig die z. Zt. des rechtsgeschäftlichen Handelns maßgebenden sittlichen Anschauungen des Kreises, in dem das Rechtsgeschäft wirksam werden soll [3]), in Betracht zu ziehen. Dagegen ist die Lösung der zweiten Frage, nach dem Gegenstand, an den der ebengenannte Maßstab angelegt werden soll, was nämlich unter Rechtsgeschäft im Sinne des § 138 zu verstehen ist, nicht so zweifellos. Der § 138 selbst enthält eine weite Fassung. Für die Erläuterung sind die Materialien des Gesetzes von Bedeutung, da wir aus ihnen entnehmen können, welche Erwägungen die Verfasser des Gesetzes geleitet haben, gerade diese Ausdrucksweise zu wählen. Der erste Entwurf wählte im § 106 die Worte „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig", und begründete diese Fassung damit, daß nicht jedes vom Standpunkt der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein könne. Man müsse eine Grenze ziehen und zwar dahin, daß Nichtigkeit nur dann eintrete, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletze [4]). Also nur objektive Erwägungen sollten für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts maßgebend sein, und von der Gesinnung der Parteien sollte völlig abgesehen werden. Es wären dies also hauptsächlich die Fälle, in denen Unsittliches und für Unsittliches etwas versprochen wird, wo also das Geschäft unmittelbar oder mittelbar dem Unsittlichen diente [5]). Ein solcher Fall ist z. B. der, daß sich jemand zu Schmugglerdiensten oder zur Ermordung eines Menschen verpflichtet.—

Demgegenüber ist im § 138 der Hinweis auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts fortgelassen. Daraus geht schon hervor, daß außer dem Inhalte für die Beurteilung noch andere Momente heranzuziehen sind, die einen zur Nichtigkeit führenden Verstoß gegen die guten Sitten herbeiführen können. Eine nähere Erläuterung dieser Momente geben die Protokolle [6]), die im Gegensatz zu den Motiven die subjektive Seite nicht ganz ausgeschaltet wissen wollen, sondern sie unter Umständen bei der Betrachtung des Inhalts der Rechtsgeschäfte als bedeutsam heranziehen wollen. Dort wird

---

3) JW. 1919, 120; Recht 18 Nr. 1488.
4) Motive Band 1 Seite 211.
5) Rehbein Band 1, 1899.
6) Band I Seite 123.

ausgeführt, es genüge nicht, mit dem Entwurf die Nichtigkeit nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei doch im Einzelfall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das richtige Licht gesetzt werde. Hieraus erhellt, daß die zweite Kommission zwar auch den gleichen prinzipiellen Gesichtspunkt wie die erste Kommission in den Vordergrund stellte, daß sie aber gestattete, bei der Betrachtung des Rechtsgeschäfts auf das Parteiverhalten zurückzugreifen, um dadurch Anhaltspunkte für den Geschäftsinhalt zu gewinnen. Dies ist auch richtig, denn gerade die bestimmenden und offensichtlichen Absichten entscheiden vorzugsweise über die Lauterkeit oder die Unsittlichkeit des Geschäfts [7]). Schwierig ist aber hierbei wiederum die Grenzziehung, da es zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde, wenn der Parteigesinnung ein überwiegender Einfluß eingeräumt werden würde. Auszuscheiden hat hier zunächst der Fall, wenn ein sittenwidriger Zweck nur von dem einen Vertragsteil verfolgt wird [8]). Denn ein objektiv nicht moralwidriger Akt wird nicht schon dadurch moralwidrig, daß den einen oder anderen der Handelnden hierbei eine verwerfliche Gesinnung beseelt oder verwerfliche Absicht leitet, die im Vertragsschluß selbst in keiner Weise zum Ausdruck kommt. Aber auch die auf beiden Seiten vorliegende unsittliche Absicht kann immer nur insoweit herangezogen werden, als sie eine unsittliche Gestaltung des Geschäftsinhalts zur Folge hat [9]). So kann z. B. ein Geschäft, das sich schon sowieso als bedenkliches Gebilde darstellt, ohne geradezu schon den Stempel der Sittenwidrigkeit zu tragen, dann deutlich als sittenwidrig erkannt werden, wenn verwerfliche Zwecke die Parteien zum Abschluß geführt haben. Ebensogut kann aber auch ein objektiv einwandfreies Geschäft nur infolge der Zweckbestimmung gegen die guten Sitten verstoßen, z. B. kann eine einwandfreie Darlehnsgewährung doch unsittlich werden als unsittliches Schweigegeld. Neben dem Zweck und Beweggrund des Handelns sind ferner auch die zur Erreichung des Zwecks angewendeten Mittel bedeutsam, z. B. auch unlautere Machenschaften [10]). Vor allem planmäßiges Zusammenwirken zur Schädigung anderer [11]) erfüllt den Tatbestand des § 138. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts steht demnach bei der Beurteilung des Rechtsgeschäfts nicht im Gegensatz zu Motiv und Zweck und den sonstigen Begleitumständen, sondern alle diese Momente ergänzen sich insofern, als die subjektiven Momente der Auslegung des objektiven Tatbestandes dienen

7) Dernburg Pandekten 2 Bd. § 16 S. 48.

8) RG. 63, 346; 71, 193; 78, 353; Planck § 138, 3a S. 363. Staudinger § 138 I 4c.

9) Enneccerus-Nipperdey § 178 II.

10) Warn. Rsprch. 1909 Nr. 506.

11) RG. 74, 229; 56, 321; 51, 316.

müssen [12]). Diesen Standpunkt hat die Rechtsprechung, vorzüglich das Reichsgericht [13]), als geltendes Recht anerkannt und immer wieder bei der Beurteilung der einzelnen Fälle praktisch werden lassen. Das Reichsgericht hat seine Ansicht immer in die Worte gefaßt, zur Erlangung eines schlüssigen Urteils über die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts müsse das Geschäft „nach seinem aus Inhalt, Zweck und Beweggrund sich ergebenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Gesichtspunkten" geprüft werden. Es wird also auch vom Reichsgericht betont, daß bei der Beurteilung zweiseitiger Rechtsgeschäfte auf die beiden Vertragsschließenden, also auf das Rechtsgeschäft als ganzes zu sehen sei. In welcher Intensität diese subjektiven Momente der Parteien in dem Tatbestand des Rechtsgeschäfts vertreten sein müssen, um den Inhalt des Rechtsgeschäfts zu einem Unsittlichen machen zu können, ist im Einzelfall verschieden. Eine feste Bestimmung, daß z. B. die ausschließliche sittenwidrige Absicht auf der einen oder auf beiden Seiten erforderlich sei, oder daß die unsittlichen Motive für den Abschluß bestimmend und überwiegend maßgebend gewesen sein müßten, oder daß die Kenntnis der einen Partei von der unsittlichen Absicht der anderen genüge, läßt sich nicht allgemein geben. Dies ist für jeden Einzelfall zu bestimmen. Im Zweifel dürften die subjektiven Momente die Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts nur dann begründen, wenn sie für das Rechtsgeschäft bestimmend waren.

Ob die Parteizwecke im Vertrage zum Ausdruck gekommen sind, ob sie also zwischen den Parteien besprochen oder mitgeteilt worden sind, ist für ihre Berücksichtigung nicht maßgeblich; es muß genügen, wenn aus den Begleitumständen oder aus Momenten, die in dem Rechtsgeschäft liegen, sich Anhaltspunkte für die sittenwidrige Absicht ergeben. Denn nur so kann man ein Gesamtbild des Rechtsgeschäfts bekommen.

Dieser Ansicht steht diejenige gegenüber, welche den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts allein für maßgeblich erklärt [14]). Diese Ansicht macht geltend, der Ausdruck Rechtsgeschäft bezeichne schon einen festen Tatbestand und dieses sei mithin der Tatbestand, an den im § 138 der Maßstab der guten Sitten zu legen sei. Außerhalb dieses rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegende Umstände hätten dann bei der Prüfung des Rechtsgeschäfts auf sein Verhältnis zu den guten Sitten außer Betracht zu bleiben. Zweck und Motiv könnten nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie in den rechtsgeschäftlichen Tatbestand aufgenommen seien; dagegen hätten nur in der Person der Kontrahenten liegende Momente und begleitende Umstände des Geschäftsabschlusses unberücksichtigt zu bleiben. Diese Ansicht legt es also auf einen ein für allemal festabgegrenzten Tatbestand ab und beschränkt die Prüfung bezüglich des Verhältnisses des Geschäfts zu den guten Sitten auf den engen Tatbestand des Geschäfts. — Die Beweisführung aus dem in § 138 enthaltenen Ausdruck „Rechtsgeschäft" ist jedoch nicht stichhaltig. Denn mag auch ein Rechtsgeschäft im

12) Oertmann Bd. I S. 427; Rehbein Bd. I S. 181 f.; Enneccerus Bd. I 1 S. 470; Panck Bd. I S. 362 II.

13) RG. 63, 350; 68, 98; in JW. 08, 29.

14) Lenel: DJZ. 1907, 455; Eckstein: Arch.B.R. 41 S. 192 ff. Collatz: Jher.Jbch. 40 S. 142; Cosack Lehrb. 1913 Bd. 1 S. 230 (anders 1922 Bd. 1 S. 223).

allgemeinen ein logisch abgegrenzter juristischer Begriff sein, so ist damit nicht bewiesen, daß hier ein solcher abgegrenzter Tatbestand gemeint ist. Hier soll mit dem Ausdruck „Rechtsgeschäft" nur gesagt sein, daß der § 138 auf einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand Anwendung findet[15]). Dieser streng abgegrenzte Begriff würde aber auch in vielen Fällen unbilliger Weise die Nichtigkeit wegen Unsittlichkeit nicht zulassen. Deshalb sehen sich die meisten Vertreter dieser Ansicht gezwungen, auch Parteizwecke in den Inhalt des Rechtsgeschäfts aufzunehmen[16]). Erweitert man aber den streng abgegrenzten juristischen Begriff des Rechtsgeschäfts hinsichtlich aller der unsittlichen Umstände, die in den rechtsgeschäftlichen Tatbestand aufgenommen worden sind, so artet der ganze Zwiespalt in einem Wortstreit aus, indem nämlich die herrschende Lehre sagt, daß Zweck, Beweggrund und sonstige Umstände zur Prüfung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts heranzuziehen seien[17]), während die andere Ansicht nur den objektiven Inhalt maßgebend sein läßt, aber in den Inhalt die rechtlich beachtlichen Umstände schon aufgenommen hat. Ob die rechtlich beachtlichen Beweggründe und Zwecke zum Inhalt des Rechtsgeschäfts erhoben sind oder ob sie bei der Auslegung des Inhalts zu berücksichtigen sind, ist doch dieselbe Frage. Wenn der herrschenden Lehre der Vorwurf gemacht wird, daß sie jegliche logische Begrenzung und Feststellung des Umfangs und der Bedeutung der erwähnten Momente, nämlich von Inhalt, Zweck und Motiv, vermissen lasse, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß eine solche starre Abgrenzung garnicht durchführbar ist, da die Einzelfälle sich zu sehr voneinander unterscheiden und einen weiten Spielraum für den Richter erfordern.— „Eine feste Regel, welche die Grenze zieht, läßt sich schwerlich geben. Juristischer Takt muß uns davor schützen, in Extreme zu verfallen", sagt Dernburg[18]) mit Recht. — Ausartungen bei der Berücksichtigung der Parteizwecke werden aber auch dadurch verhindert, daß die herrschende Lehre die subjektiven Zweckmomente nur insoweit berücksichtigen will, als der Richter dadurch nicht gezwungen wird, in unwürdiger, durch keinerlei Rücksichten auf das Gesamtwohl gebotener Weise der Gesinnung der Kontrahenten nachzuspüren. Die unsittliche Absicht muß irgendwie zutage getreten sein. Daß aber die Parteizwecke während des Geschäftsabschlusses tatsächlich zur Sprache gekommen sind, verlangt auch die andere Ansicht nicht. Deshalb muß auch sie nach einer Abgrenzung suchen. Die Erklärung, daß die Parteizwecke in den Inhalt des Rechtsgeschäfts aufgenommen sein müßten, kann jedoch nicht genügen; denn wann soll dies der Fall sein, wenn keine ausdrückliche Erklärung verlangt wird. Sollten die Umstände maßgebend sein, so ist das auch das Merkmal für die hier vertretene Ansicht; denn wie soll sonst der Richter davon Kenntnis nehmen.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß die subjektiven Elemente und die sonstigen Begleitumstände nicht nur nach der herrschenden Lehre beacht-

15) So auch die Protokolle Band 1 S. 123.

16) Eckstein: „Zweckunsittlichkeit muß den Inhalt der Leistung unsittlich machen"; Collatz: Jher. Ibch. 40 S. 142.

17) Enneccerus-Nipperdey: § 178 II: „Motiv nur Bedeutung für die Klarstellung des Geschäftsinhalts."

18) Pandekten 3. Aufl. 1892 2. Bd. § 16, S. 48.

lich sind, sondern auch nach der Lehre, die nur den objektiven Inhalt für maßgebend erklärt, da auch nach ihr die Zweckunsittlichkeit den Inhalt des Rechtsgeschäfts unsittlich machen kann. Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, ist also nicht nur der objektive Inhalt entscheidend, sondern die gesamte Sachlage, wie sie sich aus den z. Zt. des Vertragsschlusses vorhandenen Umständen unter Beachtung der Bedürfnisse, Anschauungen, Beweggründe und Zwecke der Vertragschließenden ergibt.

§ 3.
DIE LEHRE VON DER ABHÄNGIGKEIT DES ERFÜLLUNGSGESCHÄFTS VON DER UNSITTLICHEN CAUSA DES GRUNDGESCHÄFTS.

Nach Prüfung des Verhältnisses von Zuwendung zur causa und der Bedeutung dieses Verhältnisses für die Frage der Unsittlichkeit der Rechtsgeschäfte kommen wir nunmehr auf den Ausgangspunkt zurück, nämlich auf die Theorie, die die in der Erfüllung eines unsittlichen obligatorischen Geschäfts vorgenommenen Verfügungen grundsätzlich als nichtig ansieht. Wir hatten gesehen, daß Dernburg der Ansicht ist, daß die Loslösung des Erfüllungsgeschäfts von der causa nicht dazu führen dürfe, die causa auch in Anbetracht des § 138 als unbeachtlich zu behandeln. Er führt weiter aus, der § 138 enthalte einen zwingenden im Interesse des öffentlichen Wohls gegebenen Grundsatz, während die Abstraktheit eines Rechtsgeschäfts nur auf dem Parteiwillen beruhe. Die Parteien könnten daher nicht durch Abstrahierung von der causa die durch deren Unsittlichkeit selbst unsittlich gewordene Verfügung vor der Anwendung des § 138 bewahren[1]). Der Begründung Dernburgs ist insbesondere entgegenzuhalten, daß die Einkleidung in abstrakte Form vom Belieben der Parteien nur bei wenigen abstrakten Geschäften des Schuldrechts abhängt. Dernburg dehnt aber seine Ansicht auch auf die abstrakten Geschäfte des Sachenrechts aus. Bei den Geschäften, die das BGB. aber überhaupt in abstrakter Form kennt, beruht die Loslösung der causa nicht auf dem privaten Willen, denn es ist hier gerade dem Privatwillen entzogen, eine andere Form zu wählen, als die vom Gesetz für das Geschäft allein zur Verfügung gestellte. Die Loslösung beruht hier auf gesetzlicher Bestimmung. In ähnlicher Weise wie Dernburg sucht Neubecker[2]) diese Ansicht zu begründen. Die Anführung der abstrakten Natur des dinglichen Erfüllungsgeschäfts genüge nicht zum Beweise, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht gegen die guten Sitten verstoßen könne, es fehle der Nachweis, daß das dingliche Geschäft so abstrakt sei. Eine sich restlos auswirkende Abstraktheit des dinglichen Geschäfts habe in positiven Gesetzesbestimmungen unmittelbar keinen Ausdruck gefunden. Vielmehr sei gerade die im ersten Entwurf zum BGB. enthalten gewesene Bestimmung, daß der Inhalt allein unter Ausschluß der Beweggründe und Zwecke gegen die guten Sitten verstoßen müsse, im geltenden Recht fallen gelassen. Damit sei anerkannt, daß § 138 auch auf

1) Dernburg: Schuldverhältnisse Abt. II § 379 S. 601 Anm. 3; Bd. II Teil 1 § 90 III; Sachenrecht IV. Aufl. § 64 Note 10.
2) Arch.B.R. Bd. 22, S. 34 ff.

abstrakte Rechtsgeschäfte Anwendung finde. Denn die causa habe für die Verfügung die Bedeutung eines Motivs. Wenn aber das Motiv eines Rechtsgeschäfts unsittlich sei, wie dies bei unsittlichen Causalgeschäften für die Verfügungen der Fall sei, so sei das Rechtsgeschäft selbst im Sinne des § 138 unsittlich und nichtig.

Damit kommen wir zu der Begründung von Mattießen [3]), der auf den vom Reichsgericht aufgestellten Satz, daß für die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts der Gesamtcharakter maßgebend sei, Bezug nimmt. In dieser Definition sei festgelegt worden, daß die Motive und subjektiven Momente mitzuberücksichtigen seien. Diesen Grundsatz wende die herrschende Lehre hier nicht an; man halte sich nur an den objektiven, dazu formell juristischen Inhalt des Geschäfts, ohne seinen Gesamtcharakter zu untersuchen. Es sei aber ganz zweifellos, daß bei der Frage nach den Zwecken und Motiven der abstrakten Einigung nur das Grundgeschäft die Antwort gebe. Daraus ergebe sich die Unrichtigkeit, die dingliche Rechtsübertragung losgelöst vom Causalgeschäft zu betrachten.

Dieser Ansicht steht auch Klingmüller [4]) sehr nahe, der ausführt, daß die aus dem unsittlichen obligatorischen Geschäft erwachsene und daher gleichfalls unsittliche causa für das Verfügungsgeschäft das Motiv darstelle. Da aber die gesetzliche Mißbilligung eines Rechtsgeschäfts sich immer nur auf das Motiv beziehen könne, und da nur in dem Motiv der unsittliche Charakter eines Geschäfts ersichtlich sei, der Geschäftsinhalt aber meistens sittlich einwandfrei sei, so müsse auch die zur Erfüllung eines unsittlichen Geschäfts vorgenommene Verfügung unsittlich und nichtig sein.

Der Entgegnung von Jacoby [5]), daß der Gesamtcharakter der dinglichen Geschäfte nach dem Willen des Gesetzes allein aus dem formal-juristischen Inhalt des Geschäfts und nicht auch aus seinem Zweck und Motiv zu entnehmen sei, kann nicht zugestimmt werden. Denn es ist nicht wahr, daß Abstraktion Loslösung des Erfüllungsgeschäfts von allen Parteizwecken bedeutet, sodaß vom Gesamtcharakter, der sich aus Inhalt, Zweck und Motiv zusammensetzen soll, nur der Inhalt übrig bliebe. Denn Abstraktion bedeutet nur Loslösung des Erfüllungsgeschäfts von der causa, und causa nennt man nur den Zweck, der auf Erfüllung des obligatorischen Geschäfts gerichtet ist [6]). Es ist damit also gesagt, daß das dingliche Geschäft bei der juristisch ethischen Wertung nicht immer ohne Motiv und Zweck zu betrachten ist. Denn neben der causa können noch andere Zwecke und Beweggründe vorhanden sein. Wenn aber die Beweggründe und Zwecke mit Ausnahme der causa von der abstrakten Gestaltung garnicht betroffen werden, so sind sie bei der sittlichen Wertung eines dinglichen Geschäfts auch zu berücksichtigen. Insoweit ist also Klingmüller, Mattießen usw. Recht zu geben, als sie behaupten, daß auch bei der Bewertung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts die Zwecke und Motive der Parteien zu berücksichtigen seien. Dies darf aber nicht dazu führen, insoweit ist wiederum Jacoby Recht zu geben, die Erfüllungsabsicht als Motiv für beachtlich zu erklären.

3) JW. 11, 923 und OLG. Kiel in L.Z. 1920 S. 255.
4) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 133 ff.
5) JW. 12, 452.
6) Leonhard: Allg. Schuldrecht §§ 185—189 (der abstrakte Vertrag).

Die Erfüllungsabsicht kann niemals in der Lage sein, das dingliche Erfüllungsgeschäft zu einem unsittlichen zu machen. Denn die abstrakte Regelung hat gerade die Bedeutung, die Verfügung von dem Bestehen des Erfüllungswillens unabhängig zu machen. Die abstrakte Natur der Verfügung trennt die Verfügung nicht vom Kausalgeschäft, sondern von dem verbindenden Erfüllungswillen. Diese Trennung ist aber eine allgemein im BGB. durchgeführte und muß auch bei der Anwendung des § 138 gelten. Hat das Gesetz angeordnet, daß für die Erfüllungsgeschäfte die causa unbeachtet bleiben soll, so kann die Erfüllungsabsicht auch nicht als Träger des dem Kausalgeschäft innewohnenden unsittlichen Keims Beachtung finden. Folglich kann die unsittliche causa der abstrakten Willenserklärung auch nicht ihren fehlerhaften Inhalt mitteilen[7]). Wenn Brütt[8]) meint, man müsse untersuchen, ob die durch die Abstrahierung geschützten Verkehrsinteressen oder der Grundsatz des § 138 wichtiger sei, so übersieht er, daß das Gesetz zu dieser Untersuchung keine Veranlassung gibt. Denn das BGB. gibt selbst zu erkennen, daß der Gesichtspunkt der Abstraktheit den Vorrang genießt. Dies ergibt der § 817, der sonst gegenstandslos würde. Der § 817 setzt einen rechtsgültigen Rechtsübergang voraus und schließt damit eine grundsätzliche Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts aus (siehe Näheres unten § 4).

Unrichtig sind auch die weiteren Gesichtspunkte von Mattießen[9]) und Wüstendörfer[10]), daß das dingliche Erfüllungsgeschäft, das den unsittlichen Erwerb erst ermöglichen soll, das Ziel und den wesentlichsten Teil des unsittlichen Geschäfts bilde, und daß es eine Halbheit sei, wenn man das Kausalgeschäft vernichte, aber die dingliche Rechtsänderung sanktioniere. Wüstendörfer sagt ausdrücklich, „das Bewußtsein eines bestimmten Geschäftszwecks intensiviere sich nach einem einfachen psychologischen Erfahrungssatz umsomehr, je mehr das Rechtsgeschäft aus dem Stadium des bloßen Planens hervortrete und der konkreten Zweckverwirklichung sich nähere." Mag man annehmen, daß die unsittliche Zweckvorstellung sich beim dinglichen Erfüllungsgeschäft intensiviert, und daß eine Nichtberücksichtigung der causa eine psychologische Unmöglichkeit darstellt, so ist doch zu beachten, daß es hierauf garnicht ankommt, da das Zivilrecht im Gegensatz zur Psychologie von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgeht. Und auch vom Strafrechtszweck ist der Zivilrechtszweck durchaus verschieden. Während der Strafrechtszweck auf Ahndung eines Delikts nach der Schwere der Schuld gerichtet ist, sind für das Zivilrecht hauptsächlich allgemeine Verkehrsgesichtspunkte maßgebend. Und der hier maßgebende Gesichtspunkt ist der für die abstrakte Gestaltung der Erfüllungsgeschäfte überhaupt maßgebende, nämlich der der Klarheit des Rechtsverkehrs.

Es wird fernerhin für die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts geltend gemacht, daß zu dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, wenn man diesen

7) Isay: „Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts" 1899 S. 107.
8) a.a.O. S. 138.
9) JW. 11. 923 f.
10) Arch.Z.Pr. 110, 238 f.

für sich allein betrachten will, vor allem auch die Bestimmung des Gegenstandes, auf den es sich bezieht, gehöre. Und es gebe Gegenstände, die schon ihrer Natur nach rein objektiv unsittlich seien. Als solche Gegenstände werden von Mattiessen Bordellgrundstücke genannt, deren hervorragendste Eigenschaft darin liege, eben Bordellgrundstück zu sein, und von Werneburg [11]) werden obszöne Darstellungen aufgeführt, die seiner Meinung nach sich im Gegensatz zu Bordellgrundstücken als objektiv unsittlich darstellen. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß etwas rein objektives niemals für unsittlich erklärt werden kann, da man nur etwas mit subjektiver Bestimmung im Zusammenhang stehendes mißbilligen kann. Die gesetzliche Mißbilligung kann sich immer nur auf das Verhalten der Parteien beziehen. Ferner kann aber auch objektiv unsittlich weder ein Bordellgrundstück noch ein obszönes Bild sein. Denn das Bordellgrundstück kann auch als Wohnhaus benutzt werden; lediglich die Art der Benutzung des Hausgrundstücks durch dessen Besitzer prägt diesem den Charakter als Bordellgrundstück auf. Genau so ist es aber auch bei den obszönen Bildern; denn auch von ihnen kann nicht behauptet werden, daß sie ganz allein zu unsittlichen Zwecken Verwendung finden können. Mögen sie auch in der Regel zu unsittlichen Zwecken verwendet werden, so kann der Käufer solcher Gegenstände beim Erwerb doch ganz andere Absichten gehabt haben, z. B. die Absicht, einen größeren Posten solcher Gegenstände zur Verwertung ihres Stoffes oder zur Vernichtung zu erwerben, vielleicht um gerade dem unsittlichen Treiben ein Ende zu machen. Erst durch den Benutzungszweck wird der schuldrechtliche Vertrag unsittlich. Die besondere Benutzungsart, die das unsittliche Element darstellt, hat aber bei der Beurteilung des dinglichen Geschäfts deshalb auszuscheiden, weil die unsittlichen Elemente des Kausalgeschäfts, mögen sie auch beim dinglichen Geschäft in der Form der Bezeichnung des Gegenstandes wiederkehren, nur durch die causa in den Tatbestand des dinglichen Geschäfts gelangt sein können und mit der unmittelbar rechtlichen Wirkung der dinglichen Rechtsänderung nichts zu tun haben. Scheidet man aber die subjektive Benutzungsart, die den unsittlichen Keim bildet, aus, so bleibt ein einwandfreier Gegenstand übrig.

Diese Regelung ergibt sich auch daraus, daß die Rechtsordnung an sogenannten unsittlichen Gegenständen Eigentum anerkennt. Denn wenn die Rechtsordnung an solchen regelmäßig zu einem unsittlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen Eigentum anerkennt, dann ist es ihr auch gleichgültig, ob an Stelle des ersten Eigentümers ein neuer Eigentümer tritt. Dies muß sie auch deshalb zulassen, da sonst solchen Gegenständen die Eigenschaft von dauerndem Familienbesitz verliehen würde oder, wenn auch der Erbgang ausgeschlossen sein sollte, diese Sachen herrenlos würden [12]). Die Uebertragung solcher Gegenstände kann von der Rechtsordnung also nicht mißbilligt werden.

Stark betont wird ferner von den Vertretern der hier behandelten Ansicht, es werde durch § 138 II bewiesen, daß die Rechtsübertragung nicht so abstrakt sei, daß sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen

11) Bl.f.F.G. 18, 373.
12) Marcuse S. 162.

könnte [13]). Im § 138 werde ausdrücklich das „Gewähren" der Vermögensvorteile dem Versprechen gleichgestellt. Damit sei ausgedrückt, daß auch das zur Erfüllung des wucherischen Kausalgeschäfts vorgenommene dingliche Geschäft nichtig sei. Weiter wird geltend gemacht, daß es sich hier nicht um eine Sonderbestimmung handeln könne, sondern um einen Anwendungsfall des § 138 Abs. 1, wie durch das Wort „insbesondere" in § 138 Abs. 2 zum Ausdruck gekommen sei. Denn was in dem Anwendungsfall einer grundsätzlichen Bestimmung gelte, müsse auch für die grundsätzliche Bestimmung selbst gelten [14]). Dies ist aber eine gänzliche Verkennung des Verhältnisses von § 138 I zu § 138 II. Denn selbst wenn man gegen Hölder [15]) mit der h. L.[16]) das wucherische Geschäft als einen Spezialfall des unsittlichen Geschäfts ansehen wollte, so kann man trotzdem den Abs. 2 nicht zur Erläuterung des Abs. 1 verwenden [17]). Das wucherische Geschäft ist trotz der Unterordnung unter die Unsittlichkeit zumindest ein besonderer Fall des unsittlichen Geschäfts, dessen Sonderregelung auf seinen Besonderheiten gegenüber dem unsittlichen Geschäft beruht; denn sonst wäre es nicht besonders hervorgehoben worden. Die Gründe, die beim wucherischen Geschäft die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts hervorrufen, brauchen deshalb keineswegs auch beim unsittlichen Geschäft vorzuliegen. Es ist falsch, einen Spezialfall zu verallgemeinern.

Daß besondere Gründe eine grundsätzliche Gleichbehandlung ausschließen, sagt auch das Reichsgericht, indem es ausführt, es handele sich im § 138 II um eine „auf die Eigentümlichkeit des Wuchers abgestellte Spezialbestimmung" [18]). § 138 II stellt also einen Ausnahmefall dar, der keine Schlußfolgerungen allgemeiner Art in Hinsicht auf das dingliche Erfüllungsgeschäft eines unsittlichen Kausalgeschäfts zuläßt. (Siehe § 10).

An prinzipiellen Begründungen wird vor allem noch der Parteiwille ins Feld geführt. Hier ist besonders Werneburg [19]) zu nennen, der das dingliche Geschäft nicht für so formal hält, daß es nicht kraft Parteiwillens in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem obligatorischen Geschäft gesetzt werden könnte. Nach seiner Meinung spricht eine Vermutung für gewollte Einheitlichkeit und Abhängigkeit zwischen Kausalgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft, da wirtschaftliche Einheit zwischen den Rechtsgeschäften zur Anwendung des § 139 genüge und zwischen Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft immer vorliege. Denn für die objektive Auslegung des Parteiwillens sei der allgemeine Brauch und die allgemeine Auffassung im Rechtsverkehr maßgebend; die allgemeine Lebenserfahrung gehe aber dahin, daß alle Rechtsgeschäfte regelmäßig dinglich erfüllt zu werden pflegen. Die Widerlegung dieser Ansicht, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht ohne das obligatorische Geschäft

13) JW. 11, 923 (Matthiessen); Schreiber in Gruch.B. 52, 524 und Fuchs in Neumanns Jbch. 1917, 307.
14) Rumpf S. 324 ff.
15) DJZ. 08, 49 ff.
16) Oertmann § 138 C 2; Planck § 138 III; Staudinger § 138 II 2; Cosack Bd. I § 62a, II 2c; Marcuse in Gruch.B. 66, 162.
17) Oertmann § 138 C 2; Marcuse in Gruch.B. 66, 162.
18) RG. 63, 184; L.Z. 18, 1270 f.
19) Bl.f.F.G. 18, 373.

gewollt sei und deshalb in einem Abhängigkeitsverhältnis stehe, soll hier nur angedeutet werden, da eine zusammenfassende Widerlegung unten bei der Bekämpfung der Ansichten erfolgen soll, die nur ausnahmsweise eine Abhängigkeit des dinglichen Geschäfts nach dem Parteiwillen annehmen. Nur soviel sei hier gesagt, daß nach dieser Ansicht die abstrakte Natur für die Regel verneint wird. Dieses Ergebnis ist aber unannehmbar. Der Fehler dieser Ansicht liegt darin, daß die ganz allgemeine Vorschrift des § 139 auf den Spezialfall des abstrakten Geschäfts angewendet wird. Während § 139 eine Vermutung für die Hinfälligkeit des übrigen Vertrages bei Nichtigkeit des einen Teiles aufstellt, bedeutet die abstrakte Gestaltung gerade eine Unabhängigkeit des Erfüllungsgeschäft vom Kausalgeschäft. Diese Bestimmungen stehen demnach im Widerspruch zu einander, und der Konflikt ist zu Gunsten des spezielleren Rechtssatzes, der Abstraktheit, zu lösen.

§ 4.

DIE BEDEUTUNG DES § 817 BGB. FÜR DIE ANWENDUNG DES § 138 BGB. AUF DIE DINGLICHEN ERFÜLLUNGSGESCHÄFTE.

Für die letztere Auffassung und gegen die oben behandelten Ansichten spricht vor allem der **§ 817.** Denn der § 817 setzt einen rechtsgültigen Rechtsübergang voraus und schließt damit eine grundsätzliche Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts aus. Demgegenüber folgern die Gegner dieser Ansicht, daß für Tatbestände, die den Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 und die sittenwidrige Zweckbestimmung in sich vereinigen, zugleich Nichtigkeit des Geschäfts, also der Ausschluß jeder Leistung, und ein Bereicherungsanspruch, der eine gültige Leistung voraussetzt, bestimmt sei, daß also ein Widerspruch im Gesetz vorhanden sei. So kommt Dernburg[1]) bei seiner schroffen Auffassung von der unbedingten Nichtigkeit der sittenwidrigen Rechtsgeschäfte ohne Rücksicht auf die Abstraktheit zu einer vollkommenen Ablehnung des § 817, für den neben § 138 kein Platz sei, da § 138 die prinzipiellere und innerlich allein gerechtfertigte Vorschrift sei. Auch Klingmüller[2]) steht auf dem Standpunkt, daß § 138 als die prinzipiellere Vorschrift dem § 817 vorgehe, weil im entgegengesetzten Falle das abstrakte Geschäft eine leichte Handhabe böte, alle sonst für nichtig erklärten Geschäfte zu verwirklichen und so eine völlige Durchbrechung des objektiven Rechts herbeizuführen. Um dem § 817 aber nicht völlig die Existenzberechtigung absprechen zu müssen, sehen sich die Vertreter dieser Ansicht auch ihrerseits zu einer Auseinandersetzung mit dem § 817 gezwungen. Die Stellungnahme zum § 817 ist eine außerordentlich verschiedene. Für die Brauchbarkeit des § 817 trotz Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts bei unsittlichem Kausalgeschäft sind vor allem drei Ansichten aufgestellt worden. Die erste Ansicht steht auf dem Standpunkt, daß der § 817 gar keine condictio ge-

1) Band II 1 S. 236.
2) Rechtsgrund S. 85 f.

währe, sondern eine besondere Art der Geltendmachung der Nichtigkeit darstelle. Die zweite Ansicht behauptet, daß trotz der Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts der Erwerber unmittelbar durch die Uebertragung Vorteile erworben haben könnte, die auf Grund des § 817 ausgeglichen werden sollen (Grundbucheintrag und Besitz); und die dritte Ansicht meint, daß § 817 dazu da sei, um Vorteile auszugleichen, die der Erwerber zwar nicht unmittelbar aus dem Eigentumsübergang erworben habe, aber aus anderen Rechtsgründen, z. B. durch gutgläubigen Erwerb Dritter oder aus Vermischung.

Nach der ersten Ansicht wird mit der Klage aus § 817 nur die Nichtigkeit des Uebertragungsaktes geltend gemacht. „Der § 817 sei nur eine Ausführungsbestimmung zu § 138, die die Folgerungen aus der Unsittlichkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts ziehe", behauptet Rumpf[3]). Für diese Ansicht, daß das Zurückfordern aus § 817 auch die dingliche Klage enthalte, meint er und mit ihm Neubecker[4]), spreche der Wortlaut des Gesetzes. Denn § 817 bestimme ausdrücklich, daß der Empfänger durch Annahme und der Leistende durch Leistung sittenwidrig handeln könne. Außerdem käme man zu diesem Ergebnis im Wege der Analogie (Beseitigung einer nichtigen Ehe nach § 1329 BGB.). Es sei gar nicht unbedingt erforderlich, daß § 817 ebenso wie der allgemeine Bereicherungsanspruch nach § 812 eine rechtlich wirksame Vermögensverschiebung voraussetze. Die Wortfassung des § 817 gebe jedenfalls keinen Anlaß zu dieser Annahme.

Was den Wortlaut des § 817 anlangt, so sagt § 817 zwar, daß der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet sei, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat. § 817 schweigt aber völlig darüber, ob der Zweck bei der Beurteilung des dinglichen Rechtsgeschäfts bezüglich seines Verhältnisses zu den guten Sitten zu berücksichtigen ist. Aus dieser Formulierung kann also nichts gefolgert werden. Wie wir unten sehen werden, spricht vielmehr der Wortlaut des § 817 Satz 2 gerade gegen diese Ansicht. Diese Ansicht ist jedoch vor allem mit dem System des BGB. nicht in Einklang zu bringen. Denn die §§ 812 bis 822 stellen einen einheitlichen Abschnitt dar, und zwar enthalten sie die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Alle diese Ansprüche sind obligatorischer Natur, gewähren also nur ein Forderungsrecht. Hier in der Vorschrift des § 817 eine verkappte dingliche Klage sehen zu wollen, ist eine völlig unhaltbare Unterstellung. Dem geltenden Recht liegt die Unterscheidung von dinglichen und obligatorischen Rechten zu Grunde, und die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind obligatorischer Natur und dazu da, um, wenn eine dingliche Rechtsverschiebung sine causa eingetreten ist, Vorteil und Nachteil auszugleichen. Und da ist es gar keine formal juristische Auslegung, wie Rumpf meint, wenn man unter Leistung in § 817 genau wie im § 812 das dingliche Erfüllungsgeschäft versteht.

Eine ähnliche weitere Begründung Neubeckers geht dahin, daß aus der Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts nicht notwendig folge, daß die rei vindicatio angestellt werden könne, wenn Besitzübertragung

3) a.a.O S. 388.
4) a.a.O. S. 69 ff.

stattgefunden hat. Denn wolle der Veräußerer vom Erwerber den übergebenen Gegenstand vindicieren, so müsse er die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung nachweisen und dabei sich auf die eigene Unsittlichkeit berufen. Das Zurückgehen auf die eigene Unsittlichkeit sei aber nach § 817 nicht zulässig. Diese Ansicht führt also zu einer Anwendung des § 817 Satz 2 auf die Eigentumsklage. Dies ist aber eine Uebersteigerung des im § 817 enthaltenen Gesichtspunktes, daß die Rückforderung des Gebers, der selbst gegen die guten Sitten verstoßen hat, nie zulässig sein soll. Deshalb nimmt auch die h. L.[5]) mit Recht an, daß der § 817 auf den Eigentumsanspruch keine, auch keine analoge Anwendung findet. Diese Ansicht ist schon aus dem Grunde zu unterstützen, weil eine Ausdehnung des im § 817 Satz 2 enthaltenen Gedankens, dessen rechtspolitischer Wert fast allgemein verneint wird, nicht ratsam erscheint.

Weiterhin wird von den Gegnern ausgeführt, durch die tatsächliche Vornahme des abstrakten Erfüllungsgeschäfts habe der eine Teil, wenn auch kein Forderungsrecht wegen der Nichtigkeit des Geschäfts für ihn entstanden sei, doch eine Rechtsposition erlangt, die von der Nichtigkeit des Geschäfts nicht berührt werde, da die Nichtigkeit Tatsachen, nämlich die von den Parteien vorgenommenen Handlungen und Erklärungen, niemals beseitigen könne. Die Mitwirkung des Schuldners bei Herstellung dieser Rechtsposition bilde also die Leistung, auf die sich die im § 817 gewährte Kondiktion beziehe. Denn bei der Verfügung über Immobilien behielte der Erwerber trotz Nichtigkeit der Verfügung einen Grundbucheintrag und bei der Verfügung über Mobilien den Besitz. Mithin müsse die condictio possessionis neben der vindicatio möglich sein[6]). Hiergegen ist vor allem geltend zu machen, daß bei Uebertragung des bloßen Besitzes, wie es bei nichtiger Eigentumsübertragung der Fall ist, kein Anspruch aus der grundlosen Besitzübertragung gegeben ist. Denn wenn die Uebertragung des Besitzes auf Grund einer Uebereignung erfolgt, so bietet die Uebereignung schon selbst einen Rechtsgrund für die Uebergabe, auch wenn sie nichtig ist. Der Eigentumsherausgabeanspruch (985) und der Berichtigungsanspruch (894) sind also die Ansprüche, die dem Veräußerer gegeben sind, und sie schließen, wie das im römischen Recht gewesen ist, die Kondiktion aus[7]). Auch kann der Erwerber, der dem Eigentumsherausgabeanspruch des Veräußerers, der Eigentümer geblieben ist, ausgesetzt ist, nicht ungerechtfertigt auf Kosten des Veräußerers bereichert sein.

Weiterhin würde das Gesetz aber auch einen solchen minderwertigen, zweitklassigen Anspruch nicht ausdrücklich normiert haben. Nach der Auffassung der hier bekämpften Theorie wäre ja der § 817 nur für die condictio possessionis und die Beseitigung des Grundbucheintrags geschaffen worden. Es ist aber ausgeschlossen, daß das Gesetz einen minderwertigen Anspruch besonders im Gesetz festlegt, obwohl derselbe Erfolg auch mit der Eigentumsklage erreicht werden kann. Eine besondere gesetzliche Anerkennung der condictio possessionis ist aber auch aus dem Gesichtspunkt

5) Anders Staub Anhang zu § 346 S. 45.
6) Neubecker Arch.B.R. Bd. 22 S. 69; Mattießen JW. 11, 925.
7) Leonhard Lehrb. in k. S. Seite 105 II A 4; Förster Recht 1905 S. 357; Enneccerus-Lehmann Band I § 355 S. 754.

unwahrscheinlich, weil das Gesetz im § 817 Satz 2 das Rückforderungsrecht bei beiderseitiger Unsittlichkeit ausgeschlossen hat, während mit dem Anspruch aus § 985 dieser offenbar mißbilligte Erfolg trotzdem erreicht wird.

Von einer dritten Ansicht wird jedoch geltend gemacht, daß es auch Fälle gebe, wo der allein ausschließlich bestehende Eigentumsanspruch nicht zum Ziele führe. So wird von Dernburg[8]), Werneburg[9]), Marcuse[10]), Mattießen und Wüstendörfer behauptet, daß der § 817 sich nur auf die Fälle beziehe, bei denen die vindicatio des auf Grund des unsittlichen Rechtsgeschäfts Erlangten lediglich um deswillen ausgeschlossen sei, weil der Empfänger das Erlangte bereits verbraucht habe, vermischt habe, oder an einen gutgläubigen Dritten veräußert habe. Die condictio diene also der Ergänzung der vindicatio. Auch treffe der § 817 nach dieser Auslegung nicht nur seltene Fälle; denn die condictio behalte doch immerhin ihre Bedeutung für alle Fälle, wo Geld zu unsittlichen Zwecken hingegeben sei. Eine vindicatio der einzelnen Geldstücke sei unmöglich. — So weist Werneburg darauf hin, daß vielfach das Eigentum an dem auf unsittliche Weise Empfangenen zwar nicht auf Grund des dinglichen Erfüllungsgeschäfts auf den Empfänger übergegangen sei, wohl aber, weil eine Vermischung mit anderen beweglichen Sachen von Letzterem vorgenommen und dann gemäß den §§ 948, 947 zu Eigentum erworben sei. Nach Dernburg bestimmt der § 817 den Umfang des persönlichen Rückforderungsanspruchs nur für die Fälle, in welchen unsittlicher Weise eine Leistung erfolgte, aber eine vindicatio gleichwohl ausgeschlossen sei, z. B. weil das behufs des verbotenen oder unsittlichen Zweckes Gezahlte vom Empfänger bereits verbraucht sei.

Gegen alle diese Ansichten spricht m. E. schon der Wortlaut des § 817 selbst. Denn nach ihnen ist der Empfänger, der allein gegen § 138 verstoßen hat, zur Herausgabe der angenommenen Leistung verpflichtet. Herausgeben kann man aber die empfangene Leistung nur, wenn man sie noch hat, nicht aber, wenn man sie schon verbraucht hat. Ferner ist die zurückgeforderte Bereicherung in diesem Falle nicht durch unsittliche zweckbestimmte Leistung, sondern durch den Verbrauch usw. entstanden, da erst durch diese Tatsache der Empfänger die Vorteile erlangt hat. In diesem Falle liegt also dem Bereicherungsanspruch ein Tatbestand zugrunde, der durch § 817, der eine Bereicherung durch eine Leistung verlangt, keineswegs gedeckt wird. Genau so ist es aber bei der Vermischung und der Weiterveräußerung an einen Gutgläubigen. Hier ist der die Bereicherung schaffende Tatbestand der besondere Rechtsvorgang der Vermischung und des gutgläubigen Erwerbs Dritter. Dem § 817 ist aber als Bereicherungstatbestand die Bereicherung infolge einer aus unsittlichem Kausalgeschäft erfolgenden Leistung eigentümlich. Daher kann § 817 für keinen dieser Ansprüche Anwendung finden. Wollte man für diese Fälle des Verbrauchs, der Vermischung und der Weiterveräußerung den § 817 anwenden, dann müßte man damit auch die Anwendung des Satzes 2 des § 817 bejahen. Dies würde jedoch zu folgender Unbilligkeit führen. Ist die

8) a a.O. II 2 § 379.
9) Bl.f.F.G. 18, 385 f.
10) a.a.O. S. 167.

Sache noch vorhanden, dann ist die rei vindicatio in jedem Fall gegeben, da § 817 Satz 2 keine analoge Anwendung findet. Wird jetzt die Sache veräußert, verbraucht oder vermischt, dann soll der Veräußerer beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 817 Satz 2 plötzlich seinen Rückgabeanspruch verlieren. Also von der von seinem Verhalten völlig unabhängigen Tätigkeit des Empfängers soll das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs abhängen. In § 817 Satz 2 hängt aber doch das Nichtbestehen des Anspruchs nur davon ab, ob auch das Verhalten des Gebers mißbilligenswert ist, von dem Verhalten des Empfängers kann es keinesfalls abhängen. Nach der hier behandelten Ansicht besteht jedoch zunächst trotz unsittlicher Hingabe ein Rückforderungsanspruch (die Eigentumsklage), später soll auf Grund der Verfügung des nichtberechtigten Besitzers nicht nur die Eigentumsklage, sondern auch der obligatorische Bereicherungsanspruch untergehen. Es ist aber durchaus nicht folgerichtig, bei gegenseitiger Unsittlichkeit, wie Dernburg es tut, die vindicatio zuzulassen, wenn der Gegenstand sich noch beim Empfänger befindet, und für den entgegengesetzten Fall dem Geber überhaupt nichts zu gewähren. Denn entweder muß man doch im letzteren Falle, wenn der Gegenstand nicht mehr vorhanden ist, gegen den Empfänger die Anstellung einer Bereicherungsklage oder z. B. einer Schadensersatzklage zulassen oder im ersteren Falle auch die Anstellung der rei vindicatio versagen. Die Unsittlichkeit ist in beiden Fällen dieselbe. Es ist daher die Gewährung einer Klage nicht davon abhängig zu machen, ob der Gegenstand noch vorhanden oder schon verbraucht ist, sondern nur davon, ob die Unsittlichkeit auf der einen Seite oder auf beiden Seiten liegt. Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß die bekämpfte Ansicht nicht nur mit dem Wortlaut des § 817, sondern auch mit dem Zweck dieses Paragraphen im Widerspruch steht. Eine gerechte und angemessene Ausgleichung der durch Vermischung, Weiterveräußerung und Verbrauch entstandenen Vorteile des Empfängers mit den Nachteilen des Gebers schaffen nur die bereits für solche Rechtsverhältnisse im BGB. enthaltenen Bestimmungen. So gewährt § 951 demjenigen, welcher durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung einen Rechtsverlust erlitten hat, einen Ausgleichsanspruch, der nicht durch die für diese Rechtsverhältnisse geradezu unsinnigen Bestimmung des § 817 Satz 2 beschränkt wird; und in § 816 wird demjenigen, welcher durch die Verfügung eines Nichtberechtigten einen Rechtsverlust erlitten hat, ein Anspruch auf das durch die Verfügung Erlangte gewährt; und schließlich ist im § 818 das Rechtsverhältnis zwischen Geber und Empfänger für den Fall geregelt, daß der Empfänger das Empfangene zu seinem Nutzen verwendet hat. Alle diese Vorschriften regeln also die Rechtsverhältnisse, für die die hier bekämpfte Ansicht den § 817 maßgebend sein lassen will. Wäre aber § 817 für die Fälle anzuwenden, dann wären die §§ 951, 816 und 818 auch überflüssig; denn es bedurfte für diese Fälle gar nicht der besonderen Anordnung eines Rückforderungsanspruchs durch § 817, da sich die Möglichkeit der Rückforderung schon aus diesen Bestimmungen von selbst ergibt. Besonders klar geht dies übrigens im Verhältnis von § 817 zu § 818 hervor, worauf Jacoby [11]) hinweist; denn wenn § 817 hauptsächlich nur die Bedeu-

11) JW. 12, 452.

tung hätte, dem Geber bei Verwendung des Gegenstandes durch den Empfänger zu eigenem Nutzen einen Ausgleichsanspruch zu geben, so hätte § 818 als die allgemeinere Bestimmung vor § 817 stehen müssen.

Eine weitere Bestärkung dieser Ansicht ist übrigens wiederum im Wortlaut des § 817 zu finden. Denn § 817 regelt im Satz 2 den Ausgleichsanspruch für ein abgelöstes Schuldversprechen und bestimmt, daß beim abstrakten Schuldversprechen der Versprechende, auch wenn er selbst bei Abgabe des Versprechens unsittlich gehandelt hat, einen Rückforderungsanspruch hat. § 817 läßt also, wenn beiden Teilen ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, eine Rückforderung des abstrakten Schuldversprechens — „einer Leistung" gemäß § 812 II — zu. Wenn das Gesetz von der Rückforderung einer Leistung spricht, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht, so ist dabei vorausgesetzt, daß die auf unsittlichem Grunde beruhende abstrakte Forderung gültig ist; denn wäre die Forderung infolge ihrer unsittlichen causa nichtig, so würde sie nicht existieren und könnte nicht Gegenstand eines Herausgabeanspruchs sein. Dieser Ansicht wird von Mattießen entgegengehalten, daß es sich um eine irreführende Ausdrucksweise im Gesetz handele. Denn da im § 812 II bestimmt sei, daß auch das abstrakte Schuldversprechen als Leistung gelte, so hätte man aus § 817 Satz 2 die Folgerung ziehen können, daß bei beiderseitiger Unsittlichkeit gegen die Verbindlichkeit aus dem Schuldversprechen kein Einwand aus dem unsittlichen Zweck hergeleitet werden dürfe. Nur um dem zu begegnen, hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen, daß die Geltung des Satzes 2 des § 817 sich auf abstrakte Verbindlichkeiten nicht beziehe. Lediglich dieses habe der Gesetzgeber mit dem Zusatz „es sei denn" zum Ausdruck bringen wollen. Aber den § 817 so zu verstehen, daß mit der Zulassung der Rückforderung gegenüber der ob turpen causam übernommenen Verbindlichkeit deren Ungültigkeit ausgedrückt sein solle, heißt doch dem Gesetz leichthin den Vorwurf einer mehr als mißverständlichen Ausdrucksweise entgegenzuschleudern. Steht die Ansicht dieser Schriftsteller mit dem Gesetzestext in Widerspruch, so wird man im Zweifel gut tun, nicht diesen (Gesetzestext) sondern jene Ansicht für falsch zu erachten [12]).

Lotmar [13]) und Klingmüller glauben, daß mit Rückforderung die Rückforderung des Schuldscheines gemeint sei. Die Rückforderung der Verbindlichkeit sei eine Möglichkeit, die Nichtigkeit der Verbindlichkeit nochmals ausdrücklich festzustellen, und zugleich habe die Vorschrift den besonderen Zweck, die eventuelle Rückforderung der hingegebenen Verpflichtungsscheine zu ermöglichen [14]). Denn zum Abschluß des abstrakten Verpflichtungsgeschäfts, jedenfalls zur Erklärung des sich Verpflichtenden, sei regelmäßig Schriftform erforderlich. Da aber der sich Verpflichtende deshalb regelmäßig dem andern Teil einen Verpflichtungsschein ausgestellt haben wird, so solle diese Hingabe die Leistung sein, welche nach § 817 condizierbar sei. Die Rückforderung der Verbindlichkeit kann aber nur deren Rückgängigmachung im Sinne einer condictio liberationis bedeuten,

12) So auch Oertmann in DJZ. 02, 105 ff.
13) S. 51 ff., 62 und 63.
14) Klingmüller: „Schuldversprechen u. Schuldanerkenntnis" S. 136 f.

nicht die Herausgabe eines Papieres für eine an sich schon ungültige Verbindlichkeit. Denn § 817 bezieht sich nur auf die Rückforderung der Leistung, und da nach § 812 II das abstrakte Schuldversprechen der Leistung gleich zu achten ist, so ist im § 817 Satz 2 auch die „Rückforderung" dieser Leistung — also des Schuldversprechens selbst — gemeint. Hierin liegt also nach dem Gesetz eine Bereicherung des Versprechensempfängers, die derselbe auf Kosten des Versprechenden erlangt hat. Ist diese Leistung nun ohne rechtlichen Grund geschehen, dann ist der Empfänger zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet. Er muß also bei der Erteilung eines Schuldversprechens neben der Herausgabe der darüber ausgestellten Urkunde anerkennen, daß die versprochene Schuld nicht besteht, dadurch also den Schuldner von seiner bestehenden Verpflichtung befreien. Wenn also nach dem Condictionensystem das Schuldversprechen als Leistung anerkannt wird und als solches im Falle der Unsittlichkeit durch condictio allein beseitigt werden kann, dann kann nicht schon in der bloßen Hingabe des Verpflichtungsscheines eine solche Leistung gesehen werden [15]). Neben dem Wortlaut spricht aber ebenso wie oben vor allem der Zusammenhang innerhalb des Gesetzes für diese Auslegung. Denn für diesen Fall hätte es keineswegs der besonderen Anforderung eines Rückforderungsanspruchs bedurft, da sich die Möglichkeit der Rückforderung des Verpflichtungsscheins bei Ungültigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts schon aus § 371 BGB. ergibt. Zwar findet § 371 unmittelbar nur auf Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Erfüllungshandlungen Anwendung; in weiter Auslegung wird man jedoch §371 nicht nur auf nachträgliches Erlöschen der Schuldverhältnisse, sondern auch auf gar nicht zustande gekommene Schuldverhältnisse anwenden können [16]). Daher ist richtig, daß das Gesetz die Gültigkeit des verpflichtenden Erfüllungsgeschäfts voraussetzt, wenn es das Rückforderungsrecht gewährt [17]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der § 817, indem er bestimmt, daß der Empfänger der ohne rechtlichen Grund bewirkten Leistung zur Herausgabe verpflichtet ist, eine gültige Verfügung voraussetzt.

Daß aber ein Widerspruch zwischen § 817 und § 138 besteht, kann aus dieser Feststellung, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft grundsätzlich gültig ist, nicht gefolgert werden. Ein Widerspruch könnte nur dann bestehen, wenn § 817 bestimmen würde, daß dingliche Erfüllungsgeschäfte trotz Unsittlichkeit gültig sein sollten. Der § 817 sagt aber nur, daß die gültige Leistung kondiziert werden kann; er entscheidet also nicht die Frage, ob die Leistung deshalb gültig ist, weil sie nicht unsittlich ist oder weil sie trotz Unsittlichkeit gültig ist. Die Frage, ob die Leistung unsittlich, aber trotzdem gültig, oder nicht unsittlich und deshalb gültig ist, kann nur aus § 138 entschieden werden. § 817 kann, wie aus seiner Stellung im System, seinem Wortlaut und seinem Sinn hervorgeht, hierfür nichts bestimmen. Aus

15) Oertmann S. 252; „Abstraktes Versprechen" S. 105 f.; Enneccerus § 92 S. 223 f.

16) Hedemann in Jher.Jbch. 48, 63; R.G.R.K. § 817, 1 d; Planck § 37 Anm. 1.

17) Förster Recht 05 S. 357; Oertmann DJZ. 92, 105; Enneccerus I 1 § 178 Anm. 16; v. Tuhr II 2 S. 45; Leonhard: Schuldrecht, Besonderer Teil S. 484 f.

ihm kann nur entnommen werden, daß die Leistung in der Regel gültig sein muß. Diese regelmäßige Gültigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts kann aber nur durch strenge Durchführung der Abstraktion auch beim unsittlichen Geschäft erreicht werden, und § 817 ist deshalb ein Indiz für eine solche strenge Durchführung des Abstraktionsprinzips.

Aus der Vorschrift des § 817 kann also entnommen werden, daß die Abstraktion auch der unsittlichen causa gegenüber ihre Macht behauptet.

DIE BEDEUTUNG DER GESCHICHTLICHEN ENTWICKLUNG FÜR DIE ANWENDUNG DES § 138 BGB. AUF DIE DINGLICHEN ERFÜLLUNGSGESCHÄFTE.

Gegen eine Berücksichtigung der unsittlichen causa beim dinglichen Geschäft spricht weiterhin auch die geschichtliche Entwicklung.

Was das römische Recht angeht, so ist dort der Grundsatz von der Nichtigkeit unsittlicher Rechtsgeschäfte immer nur auf obligatorische Geschäfte bezogen worden. Jedenfalls läßt sich keine Stelle ermitteln, die die Nichtigkeit einer Verfügung wegen Unsittlichkeit ausspricht. Die Stellen in den Digesten und im Codex, welche von der Unsittlichkeit reden, beziehen sich nur auf obligatorische Geschäfte [18]).

Auch im gemeinen Recht ist beim dinglichen Erfüllungsgeschäft die unmittelbare Wirkung wegen der gegen die guten Sitten verstoßenden causa niemals in Frage gestellt worden. Die Condictio ob turpem causam diente dazu, dem Veräußerer sein verloren gegangenes dingliches Recht wieder zu verschaffen. Es wurde also auch dort, wie jetzt im § 817, die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts vorausgesetzt.

Ebenso wenig ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien. Zwar sagen die Motive, daß der bisherige Standpunkt bei der Behandlung der Unsittlichkeit verlassen und auf einer weiteren Basis errichtet werden müßte, indem schon durch die subjektiven Momente Unsittlichkeit gegeben sein kann. Dies ist jedoch nicht in dem Sinne zu verstehen, als solle dieser Grundsatz über den Kreis der Verpflichtungsgeschäfte hinaus jetzt auch auf Verfügungen Anwendung finden. — Ebenso schweigen die Protokolle im Hinblick auf den § 138 bezügl. der Verfügungen. — Wenn auch der Wille der Redaktoren für die Auslegung des Gesetzes nicht maßgebend ist, so ist doch aus dem Schweigen soviel zu entnehmen, daß in keinem Stadium der Redaktion daran gedacht worden ist, an dem überkommenen Recht in dieser Frage eine grundsätzliche Aenderung vorzunehmen. Aus den Gesetzesmaterialien kann und soll also nicht gefolgert werden, daß § 138 auf Verfügungen keine Anwendung finden soll, sondern nur, daß grundsätzlich das dingliche Erfüllungsgeschäft wegen der Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts nicht auch schon unsittlich ist. Es ist also damit nur erwiesen, daß an den Stellen, wo von unsittlichen Rechtsgeschäften die Rede ist, die Voraussetzungen für die Unsittlichkeit der dinglichen Erfüllungsgeschäfte nicht vorliegen. Deshalb ist auch die Ansicht von Mitteis

18) D. 45, 1, 26; generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti. D. 14, 27, 4; 17, 1, 6, 3; 12, 5, 8; C. I 4, 7, 5; Mitteis S. 19.

abzulehnen, der den § 138 auf Grund des Prinzips der Rechtskontinuität dahin einschränken will, daß nur sittenwidrige obligatorische Geschäfte von ihm ergriffen würden, nicht dagegen Verfügungen. Denn warum soll nicht in besonderen Fällen das dingliche Geschäft selbst unsittlich sein können? Wenn sich auch im corpus juris kein Fall finden läßt, in dem die allgemein gehaltenen Bestimmungen über die Unsittlichkeit auf dingliche Erfüllungsgeschäfte Anwendung gefunden haben, so ist die Folgerung, daß die Bestimmung über die Unsittlichkeit auf dingliche Erfüllungsgeschäfte überhaupt nicht anwendbar sei, und daß nur sittenwidrige obligatorische Geschäfte von ihr ergriffen würden, doch zu weitgehend. Es kann nur gefolgert werden, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft grundsätzlich bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts seine Gültigkeit behält.

Damit ist aber zugleich die Lehre Dernburgs von der prinzipiellen Natur des § 138 dem § 817 gegenüber widerlegt. Denn von einer Durchbrechung des Abstraktionsprinzips durch die Bestimmung des § 138 kann auf Grund der geschichtlichen Entwicklung nicht gesprochen werden.

Wir sahen, daß die Lehre von der grundsätzlichen Nichtigkeit der auf unsittliche Kausalgeschäfte ergehenden dinglichen Erfüllungsgeschäfte sowohl mit dem Abstraktionsprinzip, als auch mit § 817 und der geschichtlichen Entwicklung im Widerspruch steht.

§ 5.

DIE LEHRE VON DER GRUNDSÄTZLICHEN UNABHÄNGIGKEIT DES ERFÜLLUNGSGESCHÄFTS VON DER UNSITTLICHEN CAUSA DES GRUNDGESCHÄFTS.

Wir kommen nunmehr zu der h. L.[1]), die das dingliche Erfüllungsgeschäft grundsätzlich für ungültig hält.

Es ist hier zunächst wieder von der Frage auszugehen, ob der § 138, wenn das Kausalgeschäft ihm zufolge nichtig ist, auch auf das zu seiner Erfüllung vorgenommene abstrakte Geschäft angewendet werden kann. Hier wird vor allem die Lehre vertreten, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft seiner abstrakten Natur nach überhaupt nie unsittlich im Sinne des § 138 sein könne. Denn durch den Wortlaut des Gesetzes werde der Tatbestand des dinglichen Rechtsgeschäfts eng und unabhängig von den obligatorischen Beziehungen bestimmt. So bestehe z. B. bei der Uebereignung einer beweglichen Sache der Inhalt dieses dinglichen Geschäfts in der tatsächlichen Uebergabe und in dem ausdrücklichen Einverständnis der Kontrahenten über die eintretende Vermögensverschiebung. In diesem Umfang sei der Inhalt einer Eigentumsübertragung ausdrücklich im § 929 bestimmt. Eine Erweiterung dieses gesetzlich festgelegten Inhalts in der Weise, daß die causa in ihn selbst als Bestandteil aufgenommen werde, der

1) Enneccerus § 178; Leonhard (Besonderes Schuldrecht) S. 484 ff.; Biermann § 929, 2 b β, S. 200; Staudinger-Kober § 929 IV 3 b; Planck-Strecker § 929 III 3c; Wolff § 66 I 3; Staub § 346 III Anm. 5; Cosack-Mitteis §36 II 1; R.G.R.K. S. 186; R.G. 75, 74; Warn. 11 Nr. 167; Gruch.B. 53, 911; 63, 635.

die Gültigkeit des dinglichen Aktes beeinflussen könnte, erscheine nach der anerkannten Abstraktheit des dinglichen Geschäfts ausgeschlossen. Dadurch sei aber zugleich der Einfluß der Moral auf die dingliche Rechtsübertragung ausgeschaltet, da die Verwerflichkeit nur in der wirtschaftlichen Funktion der Vermögensverschiebung, nicht aber in dieser Letzteren zu finden sei. Die wirtschaftliche Funktion werde durch die causa bestimmt, also liege in dieser der evtl. Verstoß gegen die guten Sitten; das Uebertragungsgeschäft bleibe dagegen infolge der abstrakten Gestaltung von der Unsittlichkeit unberührt.

Es ist zwar richtig, daß die causa infolge der Abstraktion nicht in der Lage ist, in die dinglichen Erfüllungsgeschäfte unsittliche Elemente hineinzutragen. Es bleibt aber die Frage offen, ob die dingliche Uebertragung nicht s e l b s t unsittlich ist, und ob nicht andere Momente als die causa geeignet sind, das dingliche Erfüllungsgeschäft zu einem unsittlichen zu machen.

Demgegenüber legt eine andere Ansicht das Schwergewicht der Begründung nicht so sehr auf die abstrakte Natur der dinglichen Erfüllungsgeschäfte, als auf den Satz, daß für die Unsittlichkeit eines Rechtsgechäfts nach § 138 nur der objektive Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgebend sei. Die causa sei aber nur ein Motiv der Handelnden, und eine Unsittlichkeit, die nur den Beteiligten zum Vorwurf zu machen sei, bleibe hier bei Anwendung des § 138 unberücksichtigt. Da aber die Unsittlichkeit meist nur in der Zweckabrede der Parteien liegt, so kann eine Theorie, die den Tatbestand des zu wertenden Geschäfts so stark einschränkt, daß die Beweggründe der Parteien bei der Wertung des Rechtsgeschäfts unberücksichtigt bleiben, nicht gebilligt werden. Für die Unsittlichkeit sind eben selbst nach der Theorie, welche nur den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts für die Anwendung des § 138 maßgebend sein lassen will, die Beweggründe wesentlich. Von dem richtigen Standpunkt gehen deshalb auch die meisten Schriftsteller aus, indem sie bei der Anwendung des § 138 nicht den Inhalt allein, sondern den sich aus Inhalt, Zweck und Motiv ergebenden Gesamtcharakter entscheidend sein lassen. Sie behaupten jedoch, der Zweck könne hier deshalb das Erfüllungsgeschäft nicht zu einem unsittlichen machen, weil die Erfüllungsgeschäfte abstrakt seien und der Inhalt der Erfüllungsgeschäfte allein, losgelöst von den Zwecken und Beweggründen der Parteien, niemals unsittlich sein könne. Denn die Erfüllungsgeschäfte hätten infolge ihres Inhalts mit der Frage der Sittlichkeit nichts zu tun [2]).

Richtig ist, daß die causa die Einigung nicht unsittlich macht, und daß der abstrakte, nur auf die spezifisch juristischen Wirkungen gerichtete Geschäftswille niemals den guten Sitten widerstreiten kann. Ein solcher Widerstreit kann sich nur aus den weiteren Zwecken, welche mit der beabsichtigten Geschäftswirkung verbunden sind, ergeben. — Unberücksichtigt läßt aber diese Ansicht, daß diese weiteren Zwecke infolge der Abstraktion nicht ganz ausnahmslos aus dem Tatbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts auszuscheiden sind. Denn es ist kein Anhaltspunkt im Gesetz dafür gegeben, daß der dingliche Vertrag lediglich eine Rechtsänderung zum Gegenstand hat, und daß die auf die Wirkung der Rechts-

2) v. Tuhr, Allg. Teil II 2 S. 43 ff.

änderung gerichteten weiteren Zwecke unbeachtlich sind. Die abstrakte Gestaltung bedeutet vielmehr nur Unabhängigkeit von der Zweckerreichung, der sogenannten objektiven causa, nicht auch von den sonstigen Parteiabsichten und Parteizwecken. Denn die Unbeachtlichkeit von sonstigen Parteizwecken beim Rechtsgeschäft ergibt sich nicht erst aus der abstrakten Gestaltung, sondern steht auch ohnedies fest. Läßt aber die Rechtsordnung die Parteizwecke ausnahmsweise als rechtlich bedeutsam zu, wie im § 138, dann sind alle auf die unmittelbar rechtliche Wirkung der dinglichen Erfüllungsgeschäfte gerichteten Parteizwecke bis auf diejenigen, welche auf Erfüllung des obligatorischen Geschäfts gerichtet und deshalb losgelöst sind, bei der Bewertung maßgebend. Denn das dingliche Erfüllungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und fällt als solches unter die im Allgemeinen Teil des BGB. stehende Bestimmung des § 138.

Im allgemeinen wird zwar, wenn man von der Erfüllungsabsicht absieht, der bei der Rechtsänderung maßgebliche Zweck allein der sein, Eigentum an Sachen oder Rechten zu übertragen. Dies ist meist der alleinige rechtlich bedeutsame Zweck des dinglichen Geschäfts. In diesem Falle kann das dingliche Geschäft dann auch nicht unsittlich sein. Dieser Zweck steht aber nicht immer allein, sondern ist bisweilen verbunden mit einem weiteren Zweck, nämlich dem, gerade durch die Rechtsübertragung einen bestimmten unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Unsittlich ist das dingliche Geschäft also nur, wenn erst und gerade durch die Erfüllung der unsittliche Zweck erreicht wird (z. B. Rechtsübertragung zwecks Gläubigerbenachteiligung).

Eine andere Ansicht, die die ausnahmslose Gültigkeit des abstrakten Geschäfts verficht, argumentiert folgendermaßen. Die Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts habe auch die Unsittlichkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge, da die causa, selbst wenn sie unmittelbar aus der juristischen Betrachtung ausscheidet, doch stets als Motiv wirksam sei, und insoweit den Rechtsbestand des Geschäfts beeinflusse. Trotzdem sei jedoch das dingliche Geschäft nicht nichtig nach § 138; dies beweise der Zusammenhang (§ 817) und die Geschichte. Denn sowohl § 817 als auch die geschichtliche Entwicklung ergäben klar, daß die Rechtsübertragung aus einem unsittlichen Kausalgeschäft zunächst rechtsgültig sei [3]). Diese Ansicht will also behaupten, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft unsittlich, aber nicht nichtig sei. Dem kann jedoch deshalb nicht beigestimmt werden, weil aus der abstrakten Gestaltung und dem Inhalt des § 817 hervorgeht, daß die Gültigkeit der Verfügungen ohne Rücksicht auf die causa zu beurteilen ist. Es ist somit festzustellen, daß das dingliche Geschäft nicht allgemein bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts auch unsittlich ist und nur auf Grund der Geschichte und des gesetzlichen Zusammenhangs trotzdem gültig ist, sondern daß gerade aus Geschichte, Gesetzeswortlaut und gesetzlichem Zusammenhang sich ergibt, daß das dingliche Geschäft dann grundsätzlich auch nicht unsittlich ist [4]). Diese Theorie ist deshalb hier mit besonderem Nachdruck zurückzuweisen, weil sie dazu führt, die Nichtig-

3) Kriegsmann S. 79 ff.; Förster Recht 05 S. 356 ff.; Haymann DJZ. 13 Sp. 1115.

4) v. Tuhr Allg. Teil § 73 S. 104.

keit eines dinglichen Erfüllungsgeschäfts völlig ohne Ausnahmefälle auszuschließen. Denn wenn sie jedes auf ein unsittliches Grundgeschäft ergehende Erfüllungsgeschäft als an sich unsittlich, aber nicht nichtig bezeichnet, so kann sie auch keine Ausnahme in der Art zulassen, daß das Erfüllungsgeschäft unsittlich und auch nichtig ist.

Mag man nun die Behauptung, daß eine Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts unmöglich sei, mehr auf die Auslegung des § 138 und die abstrakte Natur der dinglichen Rechtsübertragung oder mehr auf die Bestimmung des § 817 stützen: von unserem Standpunkt aus ist beiden Theorien entgegenzuhalten, daß auch die dingliche Uebertragung unsittlich sein kann, daß eine solche Unsittlichkeit aber nicht schon bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts gegeben ist. Der entgegengesetzten Ansicht, nach der das dingliche Geschäft immer gültig ist, widerspricht vor allem die Bestimmung des § 138 Abs. 2. In diesem Paragraphen ist ausdrücklich neben der Entgegennahme des Versprechens von Vermögensvorteilen auch die „Gewährung" solcher genannt. Mit dem „Gewähren" kann aber nur das dingliche Erfüllungsgeschäft gemeint sein. Außerdem führt es zu unerfreulichen Ergebnissen, wie schon Kindel in seiner Bekämpfung des abstrakten Vertrages hervorgehoben hat, wenn durch die Gültigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts der Schutz gegen Wucher, Ausbeutung und allerlei Benachteiligung ausgeschlossen würde. Denn der Bewucherte oder auf sonstige Weise Benachteiligte könnte dann gegen denjenigen, welcher vom Wucherer erwarb, selbst dann nicht vorgehen, wenn dieser beim Erwerb bösgläubig war. Daneben können sich auch weiterhin aus der lediglich obligatorischen Natur des Anspruchs auf Herausgabe ungerechtfertigt erlangten Vorteils manche Härten ergeben. So gerade dann, wenn der Veräußerer an der individuell bestimmten Sache interessiert ist[5]); denn gegen Dritte ist ein Anspruch grundsätzlich nicht gegeben (§ 822). Auch hat der Veräußerer, wenn der Erwerber in Konkurs fällt oder die Sache bei ihm gepfändet wird, kein Aussonderungsrecht und kein Interventionsrecht.

Die h. L. hat sich deshalb zu der Mittelmeinung bekannt, daß zwischen den einzelnen Fällen zu unterscheiden sei: grundsätzlich sei das dingliche Geschäft bei Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts gültig, unter Umständen könne es aber selbst unsittlich sein und sei dann ebenfalls nichtig[6]). In der Frage wann eine solche Unsittlichkeit des dinglichen Geschäfts anzunehmen sei, gehen aber die Ansichten auseinander.

MITTELANSICHT: AUSNAHMSWEISE IST BEI UNSITTLICHKEIT DES KAUSALGESCHÄFTS DAS DINGLICHE ERFÜLLUNGSGESCHÄFT SELBST UNSITTLICH.

Hier haben sich vor allem zwei große Gruppen von Meinungen gebildet. Die eine Gruppe stellt die Frage, ob das dingliche Erfüllungsge-

5) Breyhan S. 22; Kriegsmann S. 113.

6) Enneccerus § 178; RG. 75, 74; Warn. 11 Nr. 167; Gruch.B. 53, 911; 63, 635; Leonhard: Schuldrecht, Bes. Teil S. 484 f.; Biermann § 929, 2 b β (S. 200).

schäft selbst unsittlich sein könne, auch wenn das Kausalgeschäft aus dem Tatbestand des dinglichen Geschäfts ausgeschieden sei. Demgegenüber geht die andere Ansicht davon aus, zu untersuchen, ob die Parteien die Rechtsänderung nur in Abhängigkeit von der causa, dem Zweck, das Kausalgeschäft zu erfüllen, wollen. Das führt zur Anwendung derjenigen Bestimmungen des Gesetzes, mittels derer allgemein der Parteiwille eine Verbindung zweier Rechtsgeschäfte herbeizuführen vermag. Es sind dies die Tatbestände, in denen die Gültigkeit des einen Rechtsgeschäfts als Bedingung für den Bestand des anderen gesetzt wird (§§ 158 ff.), oder Rechtsgeschäfte einen Gesamttatbestand im Sinne des § 139 bilden.

§ 6.

DIE LEHRE VON DER DURCHBRECHUNG DES GRUNDSATZES DER UNABHÄNGIGKEIT DES ERFÜLLUNGSGESCHÄFTS VON DER UNSITTLICHEN CAUSA DURCH VERWENDUNG DES RECHTSINSTITUTS DER STILLSCHWEIGENDEN BEDINGUNG.

Es soll zunächst auf die Theorie eingegangen werden, die behauptet, durch den Parteiwillen könne die Gültigkeit des Kausalgeschäfts zur Bedingung des Zustandekommens des dinglichen Erfüllungsgeschäfts gemacht werden[1]). Die Vertreter dieser Ansicht gehen von dem Satze aus, daß die abstrakte Gestaltung der dinglichen Geschäfte eine Durchbrechung dieser Regelung durch den Parteiwillen zulasse. Denn daraus, daß das BGB. bedingungsfeindliche Verfügungen (Auflassung) kenne, gehe hervor, daß es auch bedingte Verfügungen zulasse[2]). Diesem argumentum e contrario ist beizustimmen. Ebenso kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei Verfügungen, die Bedingungen zulassen, die Parteien die Verfügungswirkung auch von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig machen können[3]). Zwar handelt es sich in der Regel nicht um eine eigentliche Bedingung. Denn das, was die Parteien in den unserer Betrachtung unterliegenden Fällen dem dinglichen Geschäft hinzusetzen, entspricht überhaupt nicht den Begriffsmerkmalen der rechtsgeschäftlichen Bedingungen. Eine echte Bedingung ist das Abhängigmachen der Wirkung eines Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen ungewissen Ereignis. Aber das für die Verwirklichung der causa erforderliche wirksame Bestehen des Grundgeschäfts ist etwas im Augenblick der Bedingungssetzung bereits geschehenes (condictio in präsens vel in praeteritum collata). Aber kraft eines argumentum a fortiori ist die Beachtung eines solchen Parteiwillens bei Geschäften, die Bedingungen zulassen, geboten[4]). Nach alledem muß man es für zulässig halten, daß durch aus-

1) RGRK. S. 186; Staudinger-Kober § 929 IV 3b; Planck-Strecker § 929 III 3c; Biermann § 929, 2b; Wolff § 66 I 3; Staub § 346 III Anm. 5; Cosack-Mitteis § 36 II 1; Lehmann § 27 III 2a.

2) Crome I S. 332; Dernburg III S. 188; Cosack II S. 118; Planck I Vorb. IX 2 zu 104 ff.

3) v. Tuhr Allg. Teil II 2 S. 45.

4) Kriegsmann S. 98; Strohal LZ. 09, 614; Oertmann in Vorb. 2e zu § 158; Crome I § 101 Anm. 2; Breyhan S. 48; Goldmann Gruch.B. S. 167 Anm. 18.

drückliche Bedingung das dingliche Geschäft vom Kausalgeschäft in Abhängigkeit gebracht wird [5]).

Abzulehnen ist jedoch die Ansicht, daß jener Parteiwille auch stillschweigend erklärt werden könne. Zunächst ist mit Recht dagegen geltend gemacht worden [6]), daß dadurch obligatorische Elemente in das abstrakte Leistungsgeschäft hineingetragen würden, die dessen Charakter absolut nicht verträgt. Denn wie schon mehrfach betont wurde, besteht das Wesen der abstrakten Gestaltung in der Loslösung des dinglichen Geschäfts vom kausalen, auf die wirtschaftliche Wirkung des abstrakten Geschäft gerichteten Willen. Dieser von der hier bekämpften Lehre hervorgekehrte Parteiwille hat aber gerade die Verwirklichung des kausalen Geschäfts zum Gegenstand, und muß deshalb rechtlich unbeachtet bleiben. Wird aber die Absicht der Verwirklichung des Kausalgeschäfts als rechtlich unbeachtlich behandelt, so kann seine Verwirklichung gerade so wenig dadurch ermöglicht werden, daß man die Berücksichtigung des Verwirklichungswillens durch Aufnahme einer stillschweigenden Bedingung erzwingen will, als durch Berücksichtigung der causa als Motiv des dinglichen Erfüllungsgeschäfts.

Aber auch tatsächlich bewegt sich die Parteiauffassung niemals in der von der besprochenen Ansicht angenommenen Richtung. Denn für gewöhnlich werden die Parteien gar keine Zweifel an der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts haben. Denn wenn sie es nicht für gültig hielten, hätten sie es vermutlich nicht geschlossen, und wenn sie es nicht geschlossen hätten, würden sie das Leistungsgeschäft nicht vornehmen. Denken die Parteien aber garnicht an eine mögliche Nichtigkeit des Kausalgeschäfts, so erheben sie seinen Bestand auch nicht zur Bedingung des dinglichen Geschäfts, zumal den Parteien das juristisch-technische Moment [7]) der Abstraktheit der Erfüllungsgeschäfte meist nicht bekannt ist. Um zu entscheiden, ob eine stillschweigende Bedingung vorliegt, darf man aber nicht fragen, was würden die Parteien gewollt haben, wenn sie an die mögliche Ungültigkeit des Grundgeschäfts gedacht hätten, vielmehr ist die Frage so zu stellen, haben die Parteien die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts für möglich gehalten? Denn das Ergebnis der Untersuchung der ersten Frage stellt nicht einen wirklichen Parteiwillen dar, sondern höchstens einen hypothetisch angenommenen. Der Ausdruck stillschweigende Bedingung darf aber nicht für den hypothetischen Willen gebraucht werden [8]). Man kann nach alledem zwar davon sprechen, daß die Parteien die Gültigkeit des Kausalgeschäfts bei der Vornahme der Verfügung voraussetzen, nicht aber, daß sie wirklich den Willen haben, für den Fall der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts etwas vorzusehen, insbesondere die Rechtswirkung der Verfügung von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig zu machen [9]). Wollte man diesem hypothetischen Willen Bedeutung beilegen, so würde

5) Jacoby S. 28; Breyhan lehnt auch die ausdrückliche Bedingung ab, S. 76 f.

6) Förster Recht 05 S. 356.

7) v. Tuhr II 2 S. 45.

8) Hellwig Lehrb. zur ZPO. 2, 147 ff.

9) Marcuse S. 162; Goldmann S. 168; Staffel Sächs. Arch. 9, 360 ff.; v. Tuhr II S. 45.

man sich damit, wenn nicht auf den Windscheid'schen Begriff der Voraussetzung, so doch auf den Oertmann'schen der Geschäftsgrundlage stützen. Denn beides sind unentwickelte Bedingungen, Willenserklärungen, die nicht zur Bedingung entwickelt sind. Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand bestehen soll, aber er geht nicht dazu über, die Wirkung von diesem Zustand abhängig zu machen. Die Abgrenzung der beiden Begriffe Bedingung und Voraussetzung hat Windscheid selbst in klaren Worten vorgenommen[10]): wer etwas voraussetzt, nimmt dessen Wirklichkeit an. Auf Grund des Vorausgesetzten baut er sein ferneres Tun, hier die Abgabe einer Willenserklärung, auf. Den Willensentschluß selbst, welchen er erklärt, faßt er aber schlechthin; er macht nicht das Eintreten der als gewollt bezeichneten rechtlichen Folge von der Wirklichkeit des vorausgesetzten Umstandes abhängig, eben weil er seine Wirklichkeit voraussetzt. Umgekehrt, wer eine Willenserklärung unter einer Bedingung abgibt, geht von der Ungewißheit des in der Bedingung bezeichneten Umstandes aus und will eben deswegen, daß die als gewollte bezeichnete rechtliche Folge nur für den Fall der Wirklichkeit des Umstandes eintreten soll. Da die Parteien von einer Ungewißheit hier nicht ausgehen, so kann es sich nur um eine Voraussetzung handeln. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese von den Vertretern der hier behandelten Lehre den Parteien unterstellte stillschweigende Bedingung die Windscheid'sche Voraussetzung oder die Oertmann'sche Geschäftsgrundlage ist. Denn während die Windscheid'sche Voraussetzung im BGB. keinen Platz gefunden hat und nach dem ausdrücklichen Willen der Redaktoren[11]) für das geltende Recht verworfen worden ist, führt der Begriff der Geschäftsgrundlage nicht zur Nichtigkeit des Geschäfts, sondern gibt nur ein Recht zum Rücktritt. Selbst wenn man also die Oertmann'sche Lehre billigt und im vorliegenden Fall als anwendbar erachtet[12]), ist damit doch nicht die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts bejaht, da dieses nur nachträglich durch Rücktritt wieder aufgehoben werden könnte. Die Annahme eines Rücktrittsrechts beim dinglichen Erfüllungsgeschäft ist aber neben dem Bereicherungsanspruch auch recht bedenklich, da man nicht zwei obligatorische Ansprüche nebeneinander wird gewähren können.

Liegt aber keine Voraussetzung vor, sondern eine stillschweigende Bedingung, denken nämlich die Parteien wirklich an die Möglichkeit der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts, so werden sie, wenn sie das dingliche Geschäft trotz ihres Zweifels vornehmen, dessen Bestand in jedem Fall wollen. Denn sehr viele obligatorische Geschäfte werden in Kenntnis der Ungültigkeit erfüllt, und ebensoviele erfüllte ungültige Kausalgeschäfte bleiben bestehen, ohne daß sie im Wege der Bereicherungsklage rückgängig gemacht würden. Rechneten die Parteien also mit der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts und erst recht, waren sie von der Nichtigkeit überzeugt, so wird bei vorbehalts-

10) „Voraussetzung" Arch.Z.Pr. 78, 163.
11) Motive Band 1 S. 249; Rechtspr. Band 2 S. 383.
12) So Epstein Königsb. Diss. 1929 „sittenwidrige abstrakte Verträge" S. 32 ff.

loser Vornahme des Erfüllungsgeschäfts vermutet, daß ihr Wille auf unbedingten Abschluß gerichtet war. Das Gegenteil müßte schon bewiesen werden.

Von Tuhr[13]) macht noch mit Recht geltend, daß, wenn die Parteien wirklich mit der Möglichkeit der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts gerechnet haben, es auch zweifelhaft sei, ob der Erwerber sich stillschweigend mit einer bedingten Leistung zufrieden geben würde. Die stillschweigende Bedingung sei aber nur dann rechtsgeschäftlich bedeutsam, wenn die Bedingung von beiden Parteien als rechtsgeschäftlicher Akt gewollt sei. — Daß dieser Wille des Erwerbers, selbst bei Ungültigkeit des Kausalgeschäfts das dingliche Erfüllungsgeschäft vorzunehmen, im Widerspruch zu Treu und Glauben stehen und deshalb bedeutungslos sein soll, wie Goldmann[14]) meint, erscheint zweifelhaft. Warum sollen die Parteien nicht ein ungültiges Geschäft erfüllen dürfen?

Als Ergebnis ist festzustellen, daß in dem Falle, wo die Voraussetzungen der Bedingung gegeben wären, nämlich wenn die Parteien an der Gültigkeit des Kausalgeschäfts Zweifel gehabt haben, sie gerade in der Regel den Bestand des obligatorischen Geschäfts nicht zur Bedingung des dinglichen Geschäfts erheben, da sie das Erfüllungsgeschäft auch bei Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts wollen. Wollen sie das nicht, sind sich die Parteien also über das juristisch technische Moment der Abstraktion und darüber klar geworden, daß der Bestand des obligatorischen Geschäfts den des dinglichen Geschäfts bedingen solle, dann werden und müssen sie die gewollte Abhängigkeit vom obligatorischen Geschäft auch deutlich zum Ausdruck bringen. Andernfalls ist anzunehmen, daß sie das dingliche Geschäft auch für den Fall der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts gewollt haben. Aus diesem Grunde ist es nicht möglich, im Verhältnis des dinglichen Geschäft zum obligatorischen die Abhängigkeit durch eine stillschweigende Bedingung herbeizuführen, selbst wenn im allgemeinen die Voraussetzungen einer stillschweigenden Bedingung vorgelegen hätten.

Die Annahme einer stillschweigenden Bedingung würde aber auch das Abstraktionsprinzip ins Gegenteil kehren[15]). Denn wann soll das dingliche Geschäft in Abhängigkeit von dem Kausalgeschäft gewollt sein und wann nicht? Nimmt man das als maßgebend an, was die Parteien voraussetzten, so dürfte diese Abhängigkeit des dinglichen Geschäfts immer vorhanden sein. Außerdem würde diese stillschweigende Bedingung nicht nur auf die unsittlichen Erfüllungsgeschäfte Anwendung finden, sondern auf alle dinglichen Erfüllungsgeschäfte, denen ein ungültiges Kausalgeschäft zugrunde liegt, da die stillschweigende Abhängigmachung vom Kausalgeschäft dann gleichmäßig bei allen ungültigen Rechtsgeschäften vorläge. Dadurch würde aber das ganze Abstraktionsprinzip hinfällig. Obwohl die Vertreter dieser Ansicht die Gültigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts als den Regelfall hinstellen, birgt diese Ansicht die Gefahr der Abhängigmachung des Erfüllungsgeschäfts von der causa in sich.

---

13) a.a.O. § 73 II 2 S. 108.
14) a.a.O. S. 169; Breyhan S. 55.
15) Bruck „Einigung" S. 24 ff.; Goldmann S. 168.

§ 7.

DIE LEHRE VON DER DURCHBRECHUNG DES GRUNDSATZES DER UNABHÄNGIGKEIT DES ERFÜLLUNGSGESCHÄFTS VON DER UNSITTLICHEN CAUSA DURCH ANWENDUNG DES § 139 BGB.

Es wird in der Rechtswissenschaft fernerhin die Ansicht vertreten, daß § 139 auch auf das Verhältnis zwischen Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft anwendbar sei[1]), mit anderen Worten, daß diese beiden Geschäfte als Teile eines Rechtsgeschäfts im Sinne dieses Paragraphen im einzelnen Falle anzusehen seien, und daß dann auch die Wirkung des § 139 eintrete, daß also die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts als des einen Geschäftsteils die Nichtigkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäfts als des anderen hervorrufe. Diese Ansicht wird von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller und auch in der Rechtsprechung — hier allerdings nicht ohne Schwankungen — vertreten[2]). —

Nach der Ansicht des Reichsgerichts genügt es, wenn die Rechtsgeschäfte, welche zusammengefaßt sind, eine wirtschaftliche Einheit bilden; es ist nicht erforderlich, daß die Teile zusammen ein Rechtsgeschäft von einheitlich juristischem Typus bilden. Es wird nun behauptet, daß ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang im Verhältnis von Kausalgeschäft zum Erfüllungsgeschäft stets vorliege, da das Kausalgeschäft die dingliche Erfüllung vorbereite und diese das Kausalgeschäft verwirkliche[3]). Dieser Ansicht wird in einigen älteren Reichsgerichtsentscheidungen[4]) mit der Begründung entgegengetreten, daß § 139 nur den Fall betreffe, wo „ein Teil eines Rechtsgeschäfts" nichtig sei, und daß das Kausalgeschäft und die dingliche Einigung sich nicht als ein einheitliches Geschäft darstellten, da das eine ein Schuldvertrag und das andere eine für sich bestehende sachenrechtliche Verfügung sei[5]). Aber diese Art der Begründung ist nicht genau. Die Rechtsprechung hat selbst entwickelt, daß für die Anwendung des § 139 die juristische Struktur der einzelnen Teile in diesem Sinne kein Hindernis, der einheitliche Typus des Gesamtgeschäfts kein Erfordernis sei[6]). Grundsätzlich kann jedes Rechtsgeschäft mit einem andern zu einem Gesamtgeschäft verbunden werden, sei nun das eine sachenrechtlich und das andere schuldrechtlich. Denn der Wortlaut „Teil eines Rechtsgeschäfts" im § 139 ist nicht genau zu nehmen in dem Sinne, daß nicht mehr als ein Rechtsgeschäft vorliegen dürfe. Der § 139 will ja gerade solche Tatbestände behandeln, bei denen nach Wegfall des nichtigen Teils ein

---

1) RGRK. § 139 Anm. 2; Planck-Flad § 138 I 3 b und § 139 Anm. 1 e; Planck-Strecker § 873 Anm. 5 b; Staudinger § 873 B VI 2 c; Enneccerus § 178 II 3; Staub § 346 Anm. 5.

2) RGRK. § 139 Anm. 2; Planck-Flad § 138 I 3 b β u. § 139 I e; Staudinger-Riezler Einl. V E, 2 g zu §§ 104 ff.; André S. 14 ff.; Staub Anm. 5 zu § 346 Anhang.

3) Marcuse S. 159 ff.

4) RG. 57, 95.

5) Biermann „Sachenrecht" S. 5; Kriegsmann S. 94; Bruck S. 65; Staffel Arch.B.R. 9, 330 ff.

6) RG. 78, 43, RGRK. § 139 Anm. 1, Staudinger-Riezler § 139, 26; Enneccerus § 189 IVa.

juristisch lebensfähiger Teil übrig bleibt [7]). Es muß also ein Gesamttatbestand vorliegen, bei dem trotz Nichtigkeit eines Teiles etwas übrig bleibt, was als selbständiges Rechtsgeschäft bestehen kann. Es wird sich also meist um eine Mehrheit von Rechtsgeschäften handeln, die, wie das Reichsgericht formuliert [8]), „aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen" derart zu einem Ganzen verbunden sind, daß sie nur als Ganzes gewollt erscheinen. Ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang liegt aber im Verhältnis von Kausalgeschäft zum Erfüllungsgeschäft stets vor; denn das Kausalgeschäft soll die dingliche Erfüllung vorbereiten, und diese verwirklicht das Kausalgeschäft. Der Zusammenhang muß aber auch gewollt sein [9]), um Nichtigkeit auch des andern Teils herbeizuführen. Zur Anwendung des § 139 ist erforderlich, daß die Parteien die mehreren Geschäfte nur einheitlich, nur als Ganzes wollten, daß also ihr Wille sich darauf gerichtet hat, entweder die Rechtsfolgen beider Geschäfte oder gar keine hervorzurufen. Der § 139 regelt mithin die Rechtsfolgen des teilweise nichtigen Rechtsgeschäfts so, wie sie zwar nicht dem wirklichen Parteiwillen, wohl aber dem hypothetischen Willen entsprechen. Der § 139 macht den Bestand eines Rechtsgeschäfts, das teilweise nichtig ist, von einem im Wege „nachträglicher Prognose" festzustellenden Parteiwillen abhängig, indem der Richter fragt, ob die Parteien, wenn sie die teilweise Nichtigkeit bereits beim Abschluß des Geschäfts gekannt hätten, trotz dieser Kenntnis das Geschäft abgeschlossen hätten oder nicht (im Gegensatz zur stillschweigenden Bedingung).

Wann soll nun das dingliche Geschäft mit dem obligatorischen als ein Einheitliches gewollt sein. Es wird hier vor allem angenommen, daß dies der Fall sei, wenn die Rechtsgeschäfte zeitlich und örtlich zusammenfallen, daß also die Frage nach der Anwendung des § 139 im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liege. Ein solcher Wille wird von Wolff [10]) und Planck [11]) namentlich bei den Geschäften des täglichen Lebens als vorliegend angenommen, wo derselbe Akt den obligatorischen und den dinglichen Vertrag zum Abschluß bringt. Kaufmann [12]) geht sogar etwas weiter, indem er behauptet, daß ein einheitliches Geschäft auch dann vorliege, wenn die Parteien z. B. den Grundstückskauf von einem Notar beurkunden lassen und sich dann mit dem Notariatsprotokoll zum Zwecke der Auflassung aufs Grundbuchamt begeben. Wie aber, wenn die Parteien darüber einen oder zwei Tage oder selbst eine Woche verstreichen lassen. Sollte das einen Unterschied begründen? Oder welche zeitlichen Zwischenräume sollen zulässig sein, damit man hier noch von einer Einheit des Rechtsgeschäfts reden kann. Von dem reinen Zufall, der ohne besondere Willensrichtung der Parteien durch äußere Umstände eintreten kann, nämlich ob man bei einem Notar einen Kaufvertrag schließt und vor dem Grundbuchamt die Auflassung erklärt oder ob man beide Geschäfte vereinigt, ob man

7) Oertmann § 139, 2 b.
8) RG. 79, 436.
9) RG. in JW. 12, 855.
10) a.a.O. § 66 S. 201.
11) a.a.O. § 873 III 5.
12) JW. 04, 349.

heute ein Darlehn empfängt und morgen das vielleicht vergessene Wechselformular ausfüllt und dem Gläubiger übersendet oder ob man Darlehnsvaluta und Wechsel gegeneinander austauscht, soll ein so grundlegender Unterschied abhängen. Als ob in einem Falle der Parteiwille in Bezug auf den Zusammenhang der beiden Geschäfte ein anderer würde. Es liegt doch wirklich kein Grund vor, den Fall, daß der Käufer die gekaufte Sache sofort mitnimmt, anders zu behandeln, als wenn er sie sich zuschicken ließe. Der zuvorkommende, bescheidene Mann, der die Sache sofort mitnimmt, würde sogar schlechter gestellt werden, als der anmaßende und anspruchsvolle, welcher sich die Sache zuschicken läßt. Der Wille der Parteien, der für ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 gerade das entscheidende ist, findet sich beim zeitlich auseinanderfallenden Geschäft genau so, wie beim gleichzeitig abgeschlossenen. Die Parteien haben auch dann keine engeren Beziehungen zwischen Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft im Auge, wenn beide Geschäfte sich in gleichem Zeitpunkt vollenden. Mag auch der örtliche und zeitliche Zusammenhang mehrerer Erklärungen bei anderen Geschäften auf deren Abhängigkeit nach dem zu vermutenden Parteiwillen schließen lassen, im Verhältnis von Kausalgeschäft zum Erfüllungsgeschäft ist er aber ein hierfür bedeutungsloser Umstand. Aus diesem Grunde ist auch die Ansicht von Enneccerus [13]), Wolff [14]) und Oertmann [15]) abzulehnen, die den § 139 auf das Verhältnis von Kausalgeschäft zum Erfüllungsgeschäft analog anwenden wollen.

Für die Zusammengehörigkeit kann also nur der Wille der Parteien entscheidend sein und nicht die äußere Tatsache, wann zufällig das eine und wann das andere Geschäft vorgenommen ist. Da aber der hypothetische Wille bei der Anwendung des § 139 maßgebend ist und dieser immer die Zusammengehörigkeit zum Gegenstand hat, da einerseits vernünftige Parteien nicht ein obligatorisches Geschäft eingehen, von dem sie von vornherein keine Erfüllung erwarten, und andererseits das dingliche Geschäft gerade wegen des Bestehens des kausalen vorgenommen wird, so ist Werneburg von seinem Standpunkt aus durchaus folgerichtig, wenn er annimmt, daß im Verhältnis von Kausalgeschäft zum Erfüllungsgeschäft stets die Vermutung gelte, daß Einheit im Sinne des § 139 von den Parteien gewollt sei, auch dann, wenn die beiden Rechtsgeschäfte in verschiedenen Urkunden verlautbart sind. Denn wenn man wirklich die Ansicht der Parteien feststellen will, dann wird man den Zusammenhang kaum jemals verneinen können; denn ihnen, besonders den Nichtjuristen, muß sich der ganze Akt als Einheit darstellen. Daraus würde folgen, daß die Ungültigkeit eines Teils regelmäßig diejenige des anderen Teils nach sich zieht. Denn der § 139 stellt eine Vermutung für die Hinfälligkeit des übrigen Vertrages auf, die nur durch Gegenbeweis von seiten desjenigen widerlegt werden kann, der die Aufrechterhaltung des Vertrages vertritt. Es wird nur selten der Ausnahmefall des § 139 vorliegen, daß als Wille der Parteien zu unterstellen ist, der dingliche Vertrag solle trotz der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts Bestand haben. Der Regel nach würde der Schluß zu

13) Allg. Teil § 178 S. 481 ff.
14) § 66 S. 201.
15) § 139 Anm. 2 b (Aufl. 1927).

ziehen sein, daß der dingliche Vertrag wegen der gewollten und wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit mit dem Kausalgeschäft nur dann Bestand hat, wenn dies auch beim Kausalgeschäft der Fall ist. Dieses Ergebnis ist aber völlig unannehmbar; denn wenn das abstrakte Erfüllungsgeschäft bei Nichtigkeit des Kausalgeschäfts immer selbst auch nichtig ist, so wäre die ganze Festlegung der abstrakten Natur der Erfüllungsgeschäfte im Gesetz, durch die ja dieses Resultat gerade verhindert werden sollte, völlig zwecklos, ebenso wie dann auch sämtliche Kondiktionsvorschriften hätten wegbleiben können [16]).

Man kann das Ergebnis auch so kennzeichnen, daß die Gestaltung der dinglichen Verfügungen als abstrakte Geschäfte gegenüber dem § 139 als Spezialgesetz anzusehen ist, und daß § 139 deshalb nicht anwendbar ist. Daß das Verhältnis nicht umgekehrt ist, geht daraus hervor, daß § 139 als lex specialis den Grundsatz von der abstrakten Natur der dinglichen Erfüllungsgeschäfte völlig durchbrechen und gegenstandslos machen würde. Wenn das Gesetz aber eine bestimmte Rechtsfigur aufnimmt, dann macht sie diese nicht wieder durch eine andere bedeutungslos; vielmehr will es diese Rechtsfigur dann als die speziellere behandelt wissen.

Zusammenfassend kann also gegen die Abhängigmachung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts von der Gültigkeit des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts durch den Parteiwillen, sei es auf dem Wege über die stillschweigende Bedingung oder den § 139, gesagt werden, daß einem solchen Versuch die Gestaltung der abstrakten Geschäfte völlig widerspricht. Die abstrakte Gestaltung hat den Zweck, das dingliche Geschäft von der Existenz des Kausalgeschäfts unabhängig zu machen, und nimmt dabei eine Vergewaltigung des Parteiwillens, soweit ein solcher nachzuweisen ist, in Kauf. Deshalb kann durch die abstrakte Gestaltung auch ein solcher Parteiwille ausgeschlossen werden, welcher unmittelbar die Kausalvereinbarung wieder dem dinglichen Geschäft einverleiben will. Die als Abstraktion bezeichnete Unabhängigkeit des dinglichen Geschäfts bezieht sich gerade darauf, den Zusammenhang der beiden Geschäfte nach dem Parteiwillen zu zerstören. Das abstrakte Geschäft ist unabhängig von der causa und infolgedessen auch unabhängig von dem Willen der Parteien, es mit dem Kausageschäft in Zusammenhang und Abhängigkeit zu bringen. Der Wille mag wohl da sein, aber er ist rechtlich unbeachtlich, kann also keine Brücke herstellen für die Anwendung einer Rechtsnorm, wie es § 139 ist, der gerade aus dem in das Gebiet der Unerheblichkeit zurückgedrängten Zusammenhang maßgebliche Folgen herleiten würde.

Diese Ansichten sind also abzulehnen, soweit sie auf eine Abhängigmachung des Erfüllungsgeschäfts vom Kausalgeschäft hinzielen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die dingliche Rechtsänderung nach ihrer abstrakten Natur von der Gültigkeit des Rechtsgrundes unabhängig ist, und zu fragen, ob die Rechtsübertragung selbst unter völliger Ausschaltung der causa gegen die

16) Marcuse Gruch.B. 66, 159 ff.; Goldmann Gruch.B. 56, 161 ff.; Lentschütz DJZ. 09, 431; Kriegsmann S. 95; v. Tuhr § 56 IV S. 286; Staffel Sächs. Arch. 1899, 368.

guten Sitten verstoßen kann. Da das dingliche Erfüllungsgeschäft seinem objektiven Inhalt nach nicht unsittlich sein kann, außerdem auch grundsätzlich gültig sein muß, wie der § 817 und die geschichtliche Entwicklung ergeben, so kann ein Verstoß gegen die guten Sitten nur in Ausnahmefällen gegeben sein.

§ 8.

DIE MITTEIS'SCHE LEHRE VON DEN „LANGGESTRECKTEN VERFÜGUNGEN".

Die Ausnahmefälle, in denen der § 138 auf Verfügungen Anwendung finden soll, will Mitteis aus den dem § 138 innewohnenden Gedanken herleiten. Mitteis [1]) will den § 138 nur auf Verpflichtungsgeschäfte anwenden und sieht die inneren Gründe für diese Unterscheidung von Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft bei der Anwendung des § 138 darin, daß die Rechtsordnung zwar niemals die Hand dazu bieten könne, daß eine noch nicht vollzogene Handlung, welche unsittlichen Berechnungen Vorschub leisten würde, erzwungen werde, daß aber bei vollzogener Vermögensverschiebung in der rechtlichen Anerkennung des abgeschlossenen Zustandes nicht in dem Maße eine Mitwirkung der Rechtsordnung zur Förderung der Unsittlichkeit liege, wie bei den Verpflichtungsgeschäften. Ausnahmsweise schaffe jedoch auch eine Verfügung nicht wie gewöhnlich einen sofort abgeschlossenen Zustand, sondern wirke ihrem Inhalt nach in die Zukunft. Bei solchen von ihm „langgestreckte Verfügungen" genannten Verfügungen sei auch der Erfolg ungesund und unmoralisch, und einem solchen Erfolge müsse die Rechtsordnung die Anerkennung versagen, um sich nicht einer aktiven Mitwirkung bei der Herbeiführung des unsittlichen Erfolges schuldig zu machen.

Den Ausführungen von Mitteis kann nicht beigestimmt werden. Einmal ist es falsch, daß § 138 nur auf Verpflichtungsgeschäfte oder verpflichtungsgeschäfts-ähnliche Verfügungen Anwendung finden soll. Für diese einschränkende Auslegung ist im Gesetz kein Anhalt gegeben. Aus § 817 ist nur soviel zu entnehmen, daß die dinglichen Erfüllungsgeschäfte grundsätzlich gültig sein müssen, dagegen nicht, daß § 138 auf sie niemals Anwendung findet. Ferner muß aber auch die Aehnlichkeit der sogenannten „langgestreckten Verfügungen" mit den Verpflichtungsgeschäften bestritten werden. Als solche „langgestreckten Verfügungen" sieht Mitteis die Abtretung künftiger Forderungen und die unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Verfügungen an. Das beiden, sowohl den Verpflichtungsgeschäften als auch den „langgestreckten Verfügungen" Gemeinsame ist nach Mitteis das Hinzielen auf einen in der Zukunft liegenden ungesunden und unmoralischen Erfolg. Dieser Erfolg der Verfügungen unterscheidet sich aber außerordentlich von dem der Verpflichtungsgeschäfte. Während der Erfolg des dinglichen Er-

1) a.a.O. S. 39.

füllungsgeschäfts in der unmittelbaren dinglichen Rechtsänderung liegt, betrachtet man beim obligatorischen Geschäft den Erfolg als eine wirtschaftliche Gesamterscheinung, d. h. als eine Erscheinung, bei der nicht die streng juristischen Folgen in Betracht gezogen werden, sondern die gesamten mittelbaren, wirtschaftlichen und tatsächlichen Auswirkungen. Beim dinglichen Geschäft als einem formal-juristischen Geschäft beschränkt sich der Erfolg dagegen auf die streng juristischen Folgen. Mitteis sieht den Erfolg der sogenannten „langgestreckten Verfügungen" aber nicht in der rechtlichen Wirkung der Abtretung, sondern in der erst mittelbaren Auswirkung der Abtretung, nämlich dem Entstehen der künftigen Forderungen in der Person des Zessionars. Der unmittelbar rechtliche Erfolg der abstrakten Abtretung ist aber der Erwerb der Gläubigereigenschaft. Hieraus geht also schon hervor, daß der Erfolg des dinglichen Erfüllungsgeschäfts und des obligatorischen Geschäfts ein außerordentlich verschiedener ist und nicht allein als innerer Grund für eine Gleichbehandlung des obligatorischen und des dinglichen Geschäfts im Einzelfall gelten kann. Zu diesem Ergebnis führt auch folgende Erwägung. Nimmt man an, daß die unsittlichen Verpflichtungsgeschäfte deshalb unwirksam sind, weil die Rechtsordnung den Verpflichtungsgeschäften wegen ihrer unsittlichen Abmachungen nicht die Machtmittel zur Verwirklichung des dinglichen Erfolges gewähren kann, so ist doch zu bedenken, daß es einer solchen Zurverfügungstellung von Machtmitteln bei den sogenannten „langgestreckten Verfügungen" garnicht bedarf. Denn während auf das Verpflichtungsgeschäft hin der abgeschlossene Zustand (nach Mitteis) durch das Handeln der Parteien mit Hilfe der Machtmittel der Rechtsordnung geschaffen wird, wird der abgeschlossene Zustand bei den „langgestreckten Verfügungen" durch das Eintreten einer Bedingung oder durch einen anderen Vorgang, z. B. Vertrag des Zedenten mit einem Dritten, geschaffen, ohne daß der Wille einer Partei auf Herbeiführung des sogenannten abgeschlossenen Zustandes gerichtet zu sein brauchte. Für die Entstehung der Forderung in der Person des Zessionars ist z. B. nur das Entstehen der Forderung maßgebend, ganz gleichgültig, ob man sich der Ansicht anschließt, daß die Forderung zunächst für einen Augenblick in der Person des Zedenten oder sofort von vornherein in der Person des Zessionars entsteht. In einem solchen Falle ist also die Inanspruchnahme der Rechtsordnung zur Erreichung des Enderfolges garnicht erforderlich. Genau so ist es mit den unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Verfügungen; auch bei ihnen tritt die Bedingung ohne aktive Mitwirkung der Rechtsordnung ein und löst dann unmittelbar den Rechtserfolg aus. Der Erfolg liegt demnach bei den „langgestreckten Verfügungen" nicht in der Zukunft, sondern ist schon mit der Zession eingetreten, es ist also schon in Wahrheit ein abgeschlossener Zustand geschaffen. Man sieht hieraus, daß keinerlei Gründe dafür bestehen, die Ausnahmefälle für die Unsittlichkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts aus der äußeren Ähnlichkeit mit den Verpflichtungsgeschäften herzuleiten. Wenn Mitteis hiergegen einwendet, daß die Rechtsordnung auch in diesen Fällen aktiv dadurch mitwirke, daß sie diesen langgestreckten Verfügungen Wirksamkeit verleihe, so muß dem entgegengehalten werden, daß er dann in gleicher Weise behaupten

müßte, daß die Rechtsordnung auch bei den andern Verfügungen, die auf Grund unsittlicher Kausalgeschäfte ergehen, aktiv zur Herbeiführung eines unsittlichen Erfolges mitwirke. In diesen Fällen hält aber auch Mitteis den Erfolg nicht für ungesund und unmoralisch.

Die gesetzliche Duldung der dinglichen Erfüllungsgeschäfte ist nur dann eine aktive Mitwirkung zur Förderung der Unsittlichkeit, wenn dadurch ein unsittlicher, von der Rechtsordnung mißbilligter Erfolg anerkannt würde. Wenn auch der Erfolg der dinglichen Erfüllungsgeschäfte in den Fällen der sogenannten „langgestreckten Verfügungen" nicht deshalb von der Rechtsordnung mißbilligt wird, weil diese Verfügungen ihrem Inhalt nach in die Zukunft wirken, so kann das dingliche Erfüllungsgeschäft doch deshalb unsittlich sein, weil der mit dem Geschäft bezweckte unsittliche Erfolg mit dem unmittelbar rechtlichen Erfolg des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zusammenfällt, wenn also gerade durch das Eintreten der dinglichen Rechtsänderung unmittelbar der unsittliche, mit der Abtretung verbundene Zweck erreicht wird.

§ 9.

EIGENE STELLUNGNAHME ZUR FRAGE DER UNSITTLICHKEIT DER ERFÜLLUNGSGESCHÄFTE.

Man muß im Gegensatz zu Mitteis von der von v. Tuhr und Klingmüller vertretenen Ansicht ausgehen, daß die Unsittlichkeit meist nur in der Zweckabrede der Parteien liegen kann, und daß für die sittliche Wertung eines Rechtsgeschäfts deshalb der Gesamtcharakter des Geschäfts in seiner Gesamtheit mit Zweck und Motiv maßgebend ist. Abzulehnen ist deshalb auch die Ansicht[1]), die nach Ausscheidung aller Umstände, die nur in dem Verhalten der Parteien liegen, trotzdem den völlig objektiv gefaßten Inhalt des dinglichen Geschäfts für sittenwidrig erklärt. Obwohl nach dieser Ansicht allein die Einigung der Parteien über die Uebertragung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens als Inhalt des dinglichen Vertrages bei der Sicherungsübereignung bestehen bleibt, kann nach dieser Ansicht die Einigung der Parteien über die Rechtsübertragung wegen der aus dem Fehlen jeder Kundmachungswirkung entspringenden Täuschung und Schädigung unsittlich sein. Diese Ansicht ist ganz unmöglich. Denn scheidet man das subjektive Verhalten der Parteien aus und läßt rein objektiv den Inhalt ohne Zweck und Motiv bestehen, dann kann auch nichts unsittliches vorliegen. Ein objektiv unsittliches Geschäft ist die Sicherungsübereignung jedenfalls nicht. Falsch ist jedoch auch die vielfach gezogene Folgerung, daß der Inhalt des dinglichen Erfüllungsgeschäfts bei Ausschaltung des Rechtsgrundes infolge der Abstraktion aller Parteizwecke entkleidet sei, und daß deshalb der formal-juristische Inhalt des dinglichen Geschäfts niemals gegen die guten Sitten verstoßen könne[2]). Denn die

1) Meier Diss.: S. 93 f.
2) Mattiessen S. 926; Jacoby JW. 12, 452.

Vertreter aller dieser Ansichten übersehen die Fälle, in denen die Parteien bestimmte unsittliche Zwecke mit der dinglichen Rechtsübertragung verfolgen, ohne daß dieser Zweck mit der causa etwas zu tun hat, Fälle, in denen erst durch die Erfüllung der unsittliche Zweck erreicht werden kann. Hier werden mir zwar viele entgegenhalten, daß nach dem Willen des Gesetzes der Tatbestand der dinglichen Rechtsänderung auf Einigung und Uebergabe beschränkt sei, und daß deshalb alle Zwecke der Parteien auszuscheiden hätten. Dieser Einwand hält jedoch nicht stand. Denn es ist im Gesetz nichts davon gesagt, daß die dingliche Rechtsänderung so abstrakt ist. Eine solche Abstraktion würde aber eine Uebersteigerung des Prinzips der abstrakten Natur der Verfügungen bedeuten. Denn die Abstraktion bedeutet nur Unabhängigkeit von der causa, der Absicht den obligatorischen Vertrag zu erfüllen, nicht auch Unabhängigkeit von den sonstigen Parteizwecken [3]). Wird nun aber ein solcher Parteizweck gerade mit dem dinglichen Geschäft verfolgt und kann er nur durch die dingliche Rechtsänderung erreicht werden, so kann dieser Zweck, wenn er mißbilligenswert ist, das dingliche Geschäft selbst unsittlich machen.

Nun wird man aber fragen, welche Zwecke können denn die Parteien beim dinglichen Geschäft verfolgen außer dem der Erfüllung des Kausalgeschäfts und dem sittlich völlig einwandfreien der Schaffung des betreffenden Rechtszustandes? Solche Zwecke können in der Tat hinzutreten. Und zwar treten sie dann hinzu, wenn die Parteien mit dem dinglichen Geschäft nicht nur den Zweck verfolgen, eine Rechtsänderung hervorzurufen, sondern auch den besonderen Zweck, unmittelbar durch die dingliche Rechtsänderung einen Zustand zu schaffen, der für bestimmte Privatpersonen rechtswidrige Nachteile im Gefolge hat (z. B. um durch die Rechtsänderung Vermögensstücke zu entziehen und jemandem in sittenwidriger Weise zuzuschieben). Während also im allgemeinen der einzige durch die dingliche Rechtsänderung Benachteiligte der Veräußerer ist, welcher sein Recht aufgibt, werden in den gedachten Fällen vor allem auch dritte Personen durch die Rechtsänderung benachteiligt.

Wenn man behaupten sollte, daß in diesen Fällen der das dingliche Geschäft unsittlich machende Zweck derselbe sei, welcher auch das obligatorische Geschäft zu einem unsittlichen mache, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Kausalgeschäft hier nur deshalb unsittlich ist, weil die Parteien schon im Augenblick der Vornahme des obligatorischen Geschäfts das unsittliche Geschäft im Auge haben und auf die Rechtsänderung hinzielen. Dieses Abzielen auf das unsittlich dingliche Geschäft macht auch das obligatorische Geschäft zu einem unsittlichen. Das dingliche Geschäft ist hier also nicht wegen des unsittlichen Zwecks des obligatorischen Geschäfts unsittlich, sondern das obligatorische Geschäft ist wegen des unsittlichen Zwecks des dinglichen Geschäfts unsittlich. Während also bei den übrigen unsittlichen Geschäften dadurch, daß die Rechtsordnung die Verbindung des abstrakten Geschäfts zum Kausalgeschäft abschneidet, jede Beziehung zur causa und zur Sittenwidrigkeit wegfällt, bleibt hier die Be-

3) Leonhard: Allg. Schuldrecht §§ 185—189.

ziehung zur Sittenwidrigkeit bestehen, da die Unsittlichkeit im dinglichen Geschäft selbst begründet ist[4]).

Diese Entscheidung ist auch mit dem § 817 verträglich. Denn aus dem Umstand, daß dieser Paragraph grundsätzlich die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts voraussetzt, kann nicht gefolgert werden, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht ausnahmsweise auch selbst unsittlich sein könne. Denn der § 817 entscheidet nicht die Frage, wann ein Rechtsgeschäft gültig ist und wann nicht, sondern aus dem Vorhandensein dieser Bestimmung ist nur zu folgern, daß grundsätzlich das Erfüllungsgeschäft von der Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts unberührt bleibt. Die Bedeutung des § 817 wird also durch die hier gemachten Ausnahmen nicht beeinträchtigt.

BEHANDLUNG DER WICHTIGSTEN FÄLLE, IN DENEN DAS DINGLICHE ERFÜLLUNGSGESCHÄFT SELBST UNSITTLICH IST.

§ 10.

DAS ERFÜLLUNGSGESCHÄFT DES BEWUCHERTEN.

Wann ist nun die Vermögensverschiebung, die dingliche Rechtsänderung selbst, unsittlich? Hier ist zunächst an den Wucher zu denken, der auf Grund positiver Gesetzesbestimmung die Richtigkeit der hier vertretenen Lehre beweisen soll. Beim Wucher wird gerade das mißbilligt, daß dem Opfer die Vermögensstücke entrissen werden. Deshalb kann auch hier das dingliche Geschäft selbst nichtig sein[1]). In der Ausbeutung einer Notlage wird nicht nur das Versprechen der Rechtsübertragung, sondern diese selbst erlangt; auch die Rechtsübertragung bildet einen Vorteil, welcher sich als ein unmittelbarer und gewollter Erfolg des gegen die guten Sitten verstoßenden Handelns darstellt. Durch die Erfüllung von Seiten des Bewucherten tritt der durch die Nichtigkeitsbestimmung zu vermeidende Erfolg, die Entziehung der Vermögenswerte, erst ein. Dies ist gerade das von der Rechtsordnung Mißbilligte, die Vermögensverschiebung von dem Bewucherten auf den Wucherer. Das Gesetz will den wirtschaftlich Schwachen schützen, und dieser Schutz ist nur ein halber, wenn die die Schädigung vollendende Vermögensverschiebung gültig sein sollte. Denn würde die vom Bewucherten gelieferte Sache beim Wucherer gepfändet, so könnte bei Gültigkeit des Erfüllungsaktes der Bewucherte nicht die Interventionsklage erheben. Dies ist jedoch hier unbedingt erforderlich. Wenn oben auch allgemein gesagt war, daß die Unmöglichkeit der Interventionsklage für den Veräußerer bei Unsittlichkeit des obligatorischen Vertrages keinen großen Mangel bedeute, so liegt hier die Sache doch anders. Denn hier stehen sich die Parteien nicht auf gleicher Stufe gegenüber, vielmehr befindet sich der Bewucherte in einer Notlage, die ihn zwingt, sich den Bedingungen des Wucherers zu unterwerfen. Hier muß

4) Leonhard (Bes. Schuldrecht) S. 485; Marcuse in Gruch.B. 66, 162 ff.; RG. in JR. 1930, 2. Bd. Rsprch. Nr. 595.

1) RG. 75, 74; Leonhard „Besonderes Schuldrecht" S. 484 f.; Schreiber in Gruch.B. 52, 515 f.f; Fuchs in Neumanns Jbch. 1917, 307; Marcuse in Gruch.B. 66, 162.

deshalb auch eine Möglichkeit zum Vorgehen gegen bösgläubige Dritterwerber gegeben sein .

Gegen diese Auffassung werden eine ganze Reihe von Bedenken geltend gemacht [2]). Zunächst wird untersucht, ob ein abstraktes Erfüllungsgeschäft wucherisch im Sinne des § 138 Abs. 2 sein kann. Dies wird dann auf folgende Weise verneint. Zu den objektiven Merkmalen des Wuchers gehöre ein „auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung", also müsse das Rechtsgeschäft, das wucherisch sein soll, notwendig zwei Leistungen — eine des Wucherers und eine des Bewucherten — enthalten. Das treffe aber bei einem abstrakten Erfüllungsgeschäft niemals zu. Infolgedessen könne ein abstraktes Erfüllungsgeschäft nicht wucherisch sein[3]).

Mag man aber auch streng juristisch beim dinglichen Erfüllungsgeschäft nicht von einem Vertrage, der zwei Leistungen zum Gegenstand hat, reden können, so läßt sich im wirtschaftlichen Sinn wohl sagen, daß die Leistung ein Entgelt der Gegenleistung sei. Und darauf kommt es an. Der § 138 Abs. 2 betrifft nicht nur gegenseitige Verträge im Sinne der §§ 320 ff., sondern alle Fälle, in denen für irgendeine — nicht nur für eine schuldrechtlich übernommene — Leistung eine Gegenleistung im Sinne eines wirtschaftlichen Gegenwertes [4]) versprochen oder gewährt wird. Deshalb kann auch die Uebereignung unter Abs. 2 fallen.

Diejenigen Schriftsteller, welche die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts beim Wucher ablehnen, müssen sich jedoch auch mit dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 auseinandersetzen. Sie tun das auf verschiedene Weise. So behauptet Goldmann [5]), der das Vorliegen sachlicher Gründe für eine besondere Behandlung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts beim Wucher gegenüber sonstigen unsittlichen Geschäfte verneint, die Fassung des § 138 Abs. 2 ließe sich zwanglos auch damit erklären, daß man neben den obligatorischen wucherischen Verträgen auch die sogenannten Hand- oder Realgeschäfte wucherischen Charakters treffen wollte, bei denen nach seiner Ansicht die Uebernahme einer Verpflichtung, ein „Versprechen" überhaupt nicht vorliegt. Diese Auffassung wird aber nur von sehr wenigen Schriftstellern vertreten, und es ist deshalb nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber solchen besonderen Anschauungen im § 138 Abs. 2 Rechnung tragen wollte. Nimmt man aber mit der h. L.[6]) an, daß auch den sog. Realgeschäften eine Verpflichtung innewohnt, so liegt die Besonderheit der Realgeschäfte allein darin, daß das dingliche und obligatorische Geschäft immer nur gleichzeitig vorgenommen werden kann. Damit würde also die Goldmann'sche Ansicht sagen, daß das dingliche Geschäft beim Wucher dann nichtig ist, wenn ein Realgeschäft vorgenommen wird, wenn also obligatorisches und dingliches Geschäft zeitlich zusammen fallen. Daß von dieser Zufälligkeit, ob gleichzeitig mit dem obligatorischen

2) Oertmann § 817, 4 S. 435; Planck § 138, 4 S. 251; Eccius DJZ. 03, 41.
3) Jacoby JW. 12, 451 ff.; Oertmann § 138 Z 4 a und § 817 4 b; R. Leonhard Allg. Teil S. 378; v. Mayr S. 181.
4) Oertmann § 817, 4 S. 503; Planck § 138, 4 S. 251.
5) Gruch.Beitr. 56, 161.
6) v. Tuhr § 72 II 2c; Staudinger-Kober § 433 I 1d; Enneccerus § 324 I; Oertmann „Geschäftsgrundlage" S. 12; Boehmer „Realvertr. im heutigen Recht" Arch.B.R. 38, 314 ff.

Geschäft erfüllt wird, nicht die Gültigkeit oder Ungültigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts abhängen kann, darauf ist schon oben hingewiesen worden.

Eine ähnliche Ansicht geht dahin, daß das abstrakte Erfüllungsgeschäft nicht deshalb nichtig ist, weil es wucherisch oder unsittlich ist, sondern dann, wenn es auf Grund eines wucherischen Kausalgeschäfts im engen tatsächlichen Zusammenhang mit jenem vorgenommen worden ist. Hier ist vor allem Oertmann[7]) zu nennen, der einen Unterschied machen will zwischen den Fällen, in denen ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem kausalen und abstrakten Geschäft vorliegt, und den Fällen, in denen der Erfüllungsakt dem wucherischen Kausalakt gegenüber selbständig ist. Grundsätzlich abzulehnen ist, wie bereits oben hervorgehoben wurde, die Argumentation mit dem zeitlichen Zusammenhang. So einschneidende Unterschiede können nicht aus solchen Zufälligkeiten hergeleitet werden.

Enneccerus[8]) lehnt trotz des Wortlauts des § 138 Abs. 2 die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts ab. Das wucherische Geschäft ist nach ihm nur eine Unterart des sittenwidrigen Geschäfts, und da beim abstrakten Geschäft die causa ausgeschieden sei, so könne das abstrakte Erfüllungsgeschäft in der Regel nicht um seines Rechtsgrundes willen für unsittlich, also auch nicht für wucherisch gehalten werden. Wie oben schon ausgeführt wurde, gibt es aber spezifisch dingliche, von der causa unabhängige Zwecke, die das dingliche Erfüllungsgeschäft des Bewucherten unsittlich machen können.

Die Ansicht von Enneccerus ist von Nipperdey[9]) aufgegeben worden. Von Letzterem wird auf den Wortlaut des § 138 Abs. 2 Bezug genommen und aus diesem gefolgert, daß nicht nur das Leistungsgeschäft des Bewucherten an den Wucherer nichtig sei, sondern auch das Erfüllungsgeschäft des Wucherers, da das wucherische Geschäft nach der Absicht der Parteien ein Ganzes bilde. Der Wucherer könne seine Vorteile nur durch Gewährung seiner Leistung erhalten, auch sie verstoße daher gegen die guten Sitten. Eingehend dargelegt wird diese Ansicht von der Nichtigkeit der beiderseitigen Erfüllungsgeschäfte von Jacoby[10]). Dieser weist darauf hin, daß § 138 Abs. 2 nicht das Versprechen und Gewähren des Bewucherten allein für nichtig erkläre, sondern das Rechtsgeschäft, durch welches der Wucherer für seine Leistungen sich Vermögensvorteile versprechen oder gewähren ließe. An dem Mißverhältnis solle nicht nur die eine Seite des Verhältnisses, das Versprechen und Gewähren, sondern das ganze jenes Mißverhältnis umfassende Rechtsgeschäft zugrunde gehen. Diese Konstruktion ist jedoch nicht haltbar. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß diese Ansicht in erster Linie das Ziel verfolgt, ein Rückforderungsrecht für die Leistung des Wucherers zu konstruieren. Aber ganz abgesehen davon, daß es doch noch andere Wege dazu gibt[11]), ist zu sagen, daß diese Ansicht im Gesetz keinen Anhalt findet.

---

7) a.a.O. § 138 Z 4 b.
8) Allg. Teil § 179 III 2 S. 497 (Auflage 1924).
9) Enneccerus-Nipperdey § 179 III 1 S. 588.
10) Jher.Jbch. 60, 231 ff.
11) v. Tuhr II 2 S. 46.

Wenn Jacoby sagt, daß das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung bei der Wertung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts auszuscheiden habe, und daß deshalb das wucherische Element des dinglichen Erfüllungsgeschäfts allein in der Ausbeutung zu erblicken sei, so führt er seine Ansicht nicht folgerichtig durch. Denn liegt eine Ausbeutung vor, dann ist auch das der Ausführung der Ausbeutung dienende dingliche Erfüllungsgeschäft nichtig, da die Rechtsordnung gerade das Entziehen der Vermögensstücke mißbilligt und deshalb die Rechtsänderung nicht eintreten läßt. Eine solche Mißbilligung des durch die Rechtsänderung geschaffenen Zustandes liegt aber nur bei der Leistung des Bewucherten vor. Denn die Rechtsordnung will verhindern, daß die Ausbeutung des wirtschaftlich Schwachen wirklich durchgeführt wird. Gerade die Vermögensverschiebung, auf die der Wucherer abzielt, soll verhindert werden. Eine solche Schutzbedürftigkeit fehlt jedoch auf Seiten des Wucherers. Der Umstand, daß der Bewucherte Eigentum an der Leistung des Wucherers erwirbt, ist in keiner Weise mißbilligenswert. Außerdem spricht hierfür auch der Wortlaut des § 138 Abs. 2. Es ist Jacoby nicht zuzugeben, daß der § 138 Abs. 2 für eine Nichtigkeit des Gesamtgeschäfts einschließlich Leistung und Gegenleistung spricht. § 138 Abs. 2 sagt: „Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage eines anderen sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt". Die naheliegendste Auslegung ist doch wohl die, daß nichtig sowohl das obligatorische Geschäft sein soll, durch das der Wucherer sich Vermögensvorteile versprechen läßt, als auch das dingliche Erfüllungsgeschäft, durch das er sich die Vorteile gewähren läßt. Die Erfüllung des obligatorischen Vertrages zerfällt in zwei dingliche Erfüllungsgeschäfte, das des Wucherers und das des Bewucherten, und hier ist nur dasjenige gemeint, durch welches der Wucherer die Vorteile sich gewähren läßt. Diese Ansicht billigt auch v. Tuhr [12]), indem er sagt, nichtig sei nur das unter dem Drucke der Ausbeutung vorgenommene dingliche Erfüllungsgeschäft, und die Leistung des Wucherers erfolge nicht unter dem Drucke der Ausbeutung. Ganz regelmäßig wird also Nichtigkeit beim Erfüllungsgeschäft des Bewucherten vorliegen. Anders nur, wenn etwa zur Zeit der Erfüllung des Geschäfts die Voraussetzungen des Wuchers (die Notlage) nicht mehr gegeben sind [13]), wenn nämlich das abstrakte Geschäft nicht mehr unter dem Drucke der Ausbeutung vorgenommen wird.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß beim Wucher das dingliche Erfüllungsgeschäft deshalb nichtig ist, weil einmal der Wortlaut ausdrücklich sich dahin ausspricht, und weil vor allem der durch das dingliche Rechtsgeschäft erzielte Rechtserfolg vom Gesetz mißbilligt wird.

Hieraus wird nun die Folgerung gezogen, worauf oben bereits hingewiesen wurde, es sei hiermit bewiesen, daß, wie beim Wucher, so auch bei allen übrigen unsittlichen Verträgen die Erfüllungsgeschäfte unsittlich und

12) Allgem. Teil II 2 S. 46; ferner Oertmann § 138, 4 b, S. 504; Schreiber in Gruch.B. 52, 515 ff.; Fuchs in Neumanns Jbch. 1917, 307; Marcuse in Gruch.B. 66, 162.

13) RG. 57, 95; 75, 76; 109, 201; 72, 218; Soergel § 138 S. 140 ff.; v. Tuhr II 2 S. 46.

nichtig seien[14]). Es ist aber verfehlt, einen Spezialfall ohne weiteres zu verallgemeinern. Eine Verallgemeinerung ist nur da zulässig, wo innere Gründe eine solche Ausdehnung rechtfertigen. Die inneren Gründe für die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts des Bewucherten liegen aber darin, daß beim Wucher gerade der Erfolg der dinglichen Rechtsänderung, gerade das dingliche Weggeben, die Entäußerung selbst der Sittlichkeit widerstrebt. Nur wo diese inneren Gründe wiederkehren, ist eine Verallgemeinerung dieser Regelung zulässig.

§ 11.

DINGLICHE GESCHÄFTE ZUR BENACHTEILIGUNG DER GLÄUBIGER ODER DER BEKLAGTEN IM PROZESS.

a) Gläubigerbenachteiligungsgeschäfte (Vollstreckungsvereitelung).

Gerade die dingliche Rechtsänderung wird auch in den Fällen der Gläubigerbenachteiligung von der Rechtsordnung mißbilligt, in denen sich jemand seines Vermögens entäußert, um seine Gläubiger zu schädigen[1]), oder in den Fällen, in denen ein Gläubiger eine Abtretung vornimmt, um den Schuldner im Prozeß zu benachteiligen[2]).

Es ist hier zunächst an die Sicherungsübereignung zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung zu denken. Ist eine zu diesem Zweck vorgenommene Sicherungsübereignung unsittlich?

v. Tuhr[3]) meint, daß die Sicherungsübereignung fast immer in der bewußten Absicht vorgenommen würde, zu Gunsten eines Gläubigers die anderen zu benachteiligen, und daß deshalb die Frage, ob diese Absicht als Verstoß gegen die guten Sitten gelten soll, nicht ohne ein großes Maß von Willkür zu beantworten sei. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß zur Unsittlichkeit der Sicherungsübereignung neben subjektiven Elementen vor allem auch objektive Elemente erforderlich sind, so daß hierdurch schon eine Abgrenzung geschaffen ist. Voraussetzung ist nämlich, daß nicht nur einzelne Gegenstände übertragen sind, sondern daß der größte Teil der gegenwärtigen Aktiven übertragen wird, und daß trotzdem gemäß Vereinbarung das Geschäft unter Aufrechterhaltung des äußeren Scheins und der Kreditwürdigkeit fortgeführt wird. Sittenwidrig ist besonders beim kaufmännischen Geschäft die Sicherungsübereignung dann, wenn die Veräußerung sich nicht nur auf die Waren, sondern auch auf die Außenstände und sogar auf die erst aus zukünftigen Verwertungsgeschäften entspringenden Forderungen erstreckt, so daß zur Befriedigung der kreditgewährenden Geschäftsleute überhaupt keine Mittel zur Verfügung stehen. Aber auch das Vorliegen aller dieser Voraussetzungen genügt noch nicht, um den Sicherungsübereignungsvertrag unsittlich zu machen. Denn bei dem Sicherungsübereignungsvertrag liegt nicht ein solcher Fall vor, wo das Rechtsgeschäft sich seinem Inhalt und Gegenstand nach als ein sittenwidriges darstellt. Denn der Inhalt des Vertrages ist beschränkt auf die Ueber-

14) Mattiessen JW. 11, 923 ff.
1) Gruch.B. 49, 452; RG. 118, 363.
2) RG. 81, 175 ff.; Gruch.B. 53, 911.
3) Arch.Z.Pr. 120, 11.

eignung der Aktiven, der zukünftigen Aktiven, sowie der aus dem kommissionsweisen Verkauf dieser Waren entstehenden zukünftigen Forderungen. Ein Vertrag dieses Inhalts ist jedoch nicht sittenwidrig [4]). Er ist es nur dann, wenn den Vertragsparteien auch bewußt war, daß der Schuldner durch die Sicherungsübereignung zu Gunsten des Erwerbers wegen Fehlens weiterer genügender Mittel nicht mehr in der Lage sei, seine anderen Gläubiger zu befriedigen. Erst diese Umstände drücken der Sicherungsübereignung den Stempel der Unsittlichkeit auf. Es genügt demnach zur Feststellung der Unsittlichkeit der Sicherungsübereignung nicht die bloße objektive Feststellung, daß der Schuldner sich durch die Uebereignung aller Mittel zur Befriedigung seiner übrigen Gläubiger entblößt hat, und in subjektiver Hinsicht genügt nicht die Feststellung, daß der Schuldner seine übrigen Gläubiger durch Verschleierung seines Vorgehens über seine Kreditwürdigkeit getäuscht hat. Es muß vielmehr auch bei dem Erwerber zwar nicht die Absicht der Gläubigerschädigung, aber doch mindestens das Bewußtsein der Möglichkeit, daß die übrigen Gläubiger des Schuldners geschädigt würden, vorgelegen haben. Es muß also ein beiderseitiges sittenwidriges Handeln der Vertragssparteien vorliegen.

Bei der Sicherungsübereignung ist es aber gerade der dingliche Akt, der die Zwangsvollstreckung der Gläubiger vereitelt. Der obligatorische Vertrag vereitelt in keiner Weise die Erfüllung; denn der Schuldner ist noch dinglich Berechtigter und kann jederzeit erfüllen, und ebenso kann bei ihm noch gepfändet werden. Erst durch die dingliche Rechtsänderung gehen die Vollstreckungsobjekte verloren, und es wird insoweit die Vollstreckung vereitelt. Es ist also gerade die dingliche Entäußerung mißbilligenswert.

Gegen diese Ansicht kann auch nicht eingewandt werden, daß diese Gläubigerbenachteiligungsgeschäfte deshalb nicht gegen § 138 verstoßen könnten, weil sonst die Spezialvorschriften des § 3 Ziffer 1 Anf.Ges. und des § 31 Ziffer 1 K.O. überflüssig seien [5]). Denn im Fall der Sicherungsübereignung des gesamten Vermögens oder des größten Teils haftet dem Gläubigerbenachteiligungsgeschäft ein weiteres über den Tatbestand der Bestimmungen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes hinausgehendes, diesen fremdes Merkmal an. In diesen Fällen können deshalb auch weitere Rechtsfolgen eintreten, und es kann Nichtigkeit des ganzen Geschäfts die Folge sein. Als solche besonderen Merkmale kommen außer dem objektiven Merkmal der Uebereignung aller Aktiven auch subjektiven Merkmale in Frage, so das bewußte Zusammenwirken des Schuldners und des Erwerbers zum Zwecke der Täuschung oder Schädigung der Gläubiger [6]). Nur dann, wenn solche besonderen Merkmale vorliegen, kann neben dem Anfechtungsanspruch ein dinglicher Anspruch geltend gemacht werden. — Die Frage, ob neben dem Anfechtungsanspruch ein dinglicher Herausgabeanspruch besteht, ist aber von erheblicher praktischer Bedeutung.

4) JW. 21, 1363 Nr. 6.

5) RG. 81, 45; JW. 24, 108; LZ. 22, 186; v. Tuhr Arch.Z.Pr. 120, 11.

6) Jaeger § 29 Anm. 5; Fischer S. 158; Groh S. 135; Asch JW. 12, 65 ff.; Ortlieb Arch.B.R. 30, 32 ff.; RG. in Gruch. B. 49, 351 ff.; 52, 1015; RG. 74, 225.; Seuff.Arch. 70 Nr. 34.

Der Gläubiger kann auf Grund des Anfechtungsgesetzes nur beanspruchen, daß der Dritte die Zwangsvollstreckung in die durch die anfechtbare Handlung erlangten Vermögensstücke dulde; einen selbständigen Leistungsanspruch hat der Gläubiger aber nicht. Daß dieser Schutz unzureichend ist, zeigt sich besonders, wenn der verschobene Gegenstand beim Dritten einem gesetzlichen Pfandrecht (Vermieter) unterfällt. Hier geht das Pfandrecht, z. B. des Vermieters, dem Recht des anfechtenden Gläubigers vor, dieser kann höchstens ein zweites Pfandrecht an der Sache erwerben. Ist aber das Eigentum noch nicht übergegangen, so kann ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache nicht entstehen. Von großer praktischer Bedeutung dürften die Folgerungen, die sich aus der Entscheidung ergeben, auch sein, wenn die zur Sicherheit übereigneten Sachen an einen Dritten weiter übertragen sind (§ 931 BGB.). Hat der Fiduziar Eigentum erworben, so ist das Eigentum auch auf den Dritterwerber übergegangen, war aber die Eigentumsübertragung nichtig, so ist auch ein Eigentumserwerb des Dritten, selbst bei Gutgläubigkeit, unmöglich. Der Schutz der durch die Sicherungsübereignung Benachteiligten ist also bei Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts ein viel stärkerer.

b) Erfüllungsvereitelungsgeschäfte.

Weitere Fälle der Unsittlichkeit dinglicher Erfüllungsgeschäfte möchte ich unter dem Namen „Erfüllungsvereitelungsgeschäfte" zusammenfassen [7]). Der Ausdruck ist im Gegensatz zu der Vollstreckungsvereitelung (Sicherungsübereignung) gewählt und soll die Fälle zusammenfassen, bei denen der Erfüllungsanspruch eines obligatorisch Berechtigten durch die dingliche Rechtsübertragung an einen Dritten betroffen wird. Zwar bleibt in solchen Fällen der Erfüllungsanspruch als solcher unberührt, aber seine Verwirklichung wird verzögert oder die Leistung subjektiv oder auch objektiv unmöglich gemacht. Unsittlich ist eine solche zweite Veräußerung freilich noch nicht, wenn der Dritte die erste vertragliche Bindung des Schuldners beim Abschluß des zweiten Vertrages gekannt hat. Denn wenn auch durch den zweiten Vertrag mittelbar dasselbe wirtschaftliche Gut, das auf Grund der vom Schuldner verletzten Obligation dem ersten Gläubiger zu Gute kommen sollte, betroffen wird, so kann das Bewußtsein hiervon nicht genügen, um den Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten zu begründen. Denn der erste Gläubiger muß immer damit rechnen, daß bis zur Erfüllung sein obligatorisches Recht auf dingliche Rechtsänderung gefährdet ist. Hierin liegt gerade der Unterschied der Schuldverträge gegenüber den allwirksamen Rechten, daß sie nur Rechtswirkungen zwischen den Parteien erzeugen, daß sie also mit Ausnahme der Miete, die auch für und gegen den Grundstückserwerber wirkt (§ 571 BGB.), keine Außenwirkungen hervorrufen. Trotzdem ist die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die guten Sitten gegeben, nur muß dann der einzelne Fall besondere Erschwerungsgründe aufweisen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist nur dann anzunehmen, wenn der Schuldner und der Dritte komplottmäßig zur Umgehung oder Beschädigung des fremden obligatorischen Anspruchs zusammenge-

7) Groh S. 123 ff.

wirkt haben. Ist aber beiden Parteien ein unsittliches Verhalten dieser Art vorzuwerfen, dann beeinflußt dieses den Inhalt des Geschäfts, so daß der Gesamtcharakter desselben ein unsittlicher ist [8]).

Wie verhält es sich nunmehr mit den der Erfüllung solcher unsittlicher obligatorischer Verträge dienenden Erfüllungsgeschäften? In diesen Fällen ist auch das dingliche Erfüllungsgeschäft unsittlich und nichtig. Denn den Tatbeständen, in denen durch Verschiebung oder Entwertung des geschuldeten Gegenstandes die Erfüllung des Vertrages zum Nachteil des Gläubigers vereitelt werden soll, wohnt dasselbe Merkmal inne, welches schon in den obengenannten Fällen das dingliche Erfüllungsgeschäft als unsittlich erscheinen ließ. Denn es ist ja gerade die Verfügung, die die Erfüllung vereitelt. Der obligatorische Vertrag vereitelt in keiner Weise die Erfüllung; denn der Schuldner ist noch dinglich Berechtigter und kann jederzeit erfüllen. Erst durch die dingliche Rechtsänderung geht das Erfüllungsobjekt dem Schuldner verloren, und es wird insoweit die Erfüllung vereitelt. Es liegt also auch hier gerade in der dinglichen Rechtsänderung die Unsittlichkeit, da gerade mit der dinglichen Rechtsänderung der unsittliche Zweck verfolgt wird.

Die Unsittlichkeit von Geschäften, die die Vereitelung obligatorischer Ansprüche bezwecken, beschränkt sich aber nicht nur auf zweiseitige Rechtsgeschäfte, sondern bezieht sich auch auf einseitige Geschäfte. Es ist hier besonders an die Eigentumsaufgabe zu denken, die ein einseitiges abstraktes Rechtsgeschäft ist. Für einseitige Rechtsgeschäfte gilt von der Anwendbarkeit des § 138 keine Ausnahme [9]). Nur kann nicht wie bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ein Verstoß gegen die guten Sitten auf zwei Seiten gefordert werden, vielmehr kann hier der Beweggrund und der Zweck einer Partei allein dem an sich erlaubten Rechtsgeschäft das Gepräge der Sittenwidrigkeit aufdrücken. Der Beweggrund und der Zweck ist aber höchst mißbilligenswert, wenn mit der Eigentumsaufgabe vom Eigentümer der alleinige oder überwiegende Zweck der Benachteiligung des obligatorisch Berechtigten verfolgt wird. Genau wie oben ist aber auch gerade das dingliche Geschäft nichtig, denn hier liegt gerade in der dinglichen Rechtsänderung die Vereitelung der Erfüllung und damit die Unsittlichkeit. Der unsittliche Zweck der Erfüllungsvereitelung wird auch hier gerade durch die dingliche Rechtsänderung verfolgt und erreicht. Deshalb ist auch hier das abstrakte Rechtsgeschäft der Eigentumsaufgabe unsittlich und nichtig.

c) Forderungsabtretung zwecks Benachteiligung der Beklagten im Prozeß.

Die Fälle der Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts sollen noch um zwei weitere vermehrt werden. Es ist dies einmal der Fall, wo eine Forderungsabtretung allein zu dem Zweck vorgenommen wird, damit der Abtretende im Falle eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits dem

8) Groh S. 136 ff.; Fischer S. 160; RG. in JW. 1926, 986 und JW. 1927, 1407.

9) Planck § 138 S. 363; Oertmann § 138 B 2 S. 496.

Gegner die Kosten nicht zu erstatten braucht[10]). Es wird hier ein zahlungsunfähiger Kläger vorgeschoben, um dem Gegner im Falle seines Sieges die Einziehung der Kosten bei dem zahlungsunfähigen Kläger unmöglich zu machen. Auch in diesem Falle ist das Mißbilligenswerte vor allem in der Verfügung zu sehen; denn erst durch den Rechtsübergang wird der Zessionar materiell berechtigt und damit aktiv legitimiert. Der materiell Berechtigte ist Kläger und muß auch bei ungünstigem Ausgang des Prozesses die Kosten tragen. Die Einräumung dieser Eigenschaft, im eigenen Namen im Prozeß auftreten zu können, ist also gerade das Mißbilligenswerte. Auch ist der Zweck der Benachteiligung des Beklagten ein auf die spezifisch juristischen Wirkungen der abstrakten Verfügung gerichteter Zweck. Der Zweck der Benachteiligung ist nur durch die Uebertragung der Forderung auf den Zessionar zu erreichen, und deshalb ist der Zweck aus der abstrakten Verfügung nicht auszuscheiden, wie es mit der causa zu geschehen hat, sondern er ist bei der Bewertung des Inhalts des abstrakten Geschäfts zu berücksichtigen[11]).

Genau wie hier wird auch in einem weiteren Fall der unmittelbare Rechtserfolg mißbilligt. Es ist hier an die Forderungsabtretung zu denken, bei der der Zweck verfolgt wird, im Prozeß dem Zedenten die Möglichkeit zu verschaffen, als Zeuge auftreten und die Unwahrheit sagen zu können[12]). Die Zeugeneigenschaft erwirbt der Zedent erst durch die Rechtsübertragung. Denn unmittelbar durch den Rechtsübergang verliert er die Gläubigerstellung und erlangt dadurch die rechtliche Möglichkeit, als Zeuge auftreten zu können. Die abstrakte Rechtsübertragung ist also das Ereignis, welches den unerwünschten Erfolg — die Fähigkeit des Zedenten als Zeuge auftreten zu können — hervorruft. Die Zuschiebung der Forderung an den Zessionar ist also das Mißbilligenswerte. Auch der Zweck, den Schuldner durch die falsche Zeugenaussage zu benachteiligen, ist ein spezieller Verfügungszweck, da der Zedent nur auf dem Wege über den Rechtsübergang zu seinem Ziele — der falschen Zeugenaussage — gelangt. Gerade das abstrakte Geschäft verfolgt also unsittliche Zwecke, und nur durch das abstrakte Geschäft kann der Zweck erreicht werden.

Alle diese Fälle, in denen ausnahmsweise auch das abstrakte Erfüllungsgeschäft selbst unsittlich ist, werden von v. Tuhr[13]) abgelehnt. Die Unsittlichkeit kann nach seiner Ansicht immer nur in der Zweckabrede der Parteien liegen, und da diese Zweckabrede mit den Verfügungen z. B. der Abtretung des Eigentums oder einer Forderung nichts zu tun habe, so müsse eine Verfügung immer gültig sein. Und bei den ebengenannten Fällen sei es genau ebenso, die Kausalvereinbarung sei nichtig, die Verfügung dagegen gültig. v. Tuhr verkennt aber dabei die Besonderheit dieser Fälle, in denen nämlich gerade mit der Verfügung der unsittliche Zweck verfolgt und erst durch die Verfügung der unsittliche Zweck erreicht wird. Er

10) RG. 81, 175 ff.; JW. 1932 S. 1206 ff.; KG. in Seuff.Arch. 65, 222; Stein-Jonas § 114 I 2 Anm. 14; Baumbach 6. Aufl. § 114 Anm. 1 B.

11) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 3 Anm. 18: „Die Nichtigkeit dieses Falles sei auf § 139 gegründet".

12) RG. in Gruch.B. 53, 911 ff. und in JW. 09, 270 f.

13) Allgem. Teil II 2 § 70 S. 43 ff.

sagt zwar selbst, daß hier die Zession zum Zwecke sittenwidriger Schädigung des Schuldners und ebenso die Sicherungsübereignung zum Zwecke der sittenwidrigen Benachteiligung der Gläubiger vorgenommen werde, aber daß hierin die Besonderheit liegt, weswegen diese abstrakten Rechtsgeschäfte unsittlich sind, erkennt v. Tuhr nicht.

Alle diese Fälle haben gezeigt, daß das dingliche Geschäft selbst mit dem Makel des § 138 behaftet sein kann.

§ 12.

DIE ANSICHT DES REICHSGERICHTS.

Es ist noch besonders hervorzuheben, daß auch das Reichsgericht heute im wesentlichen den hier vertretenen Standpunkt teilt. Die Verwendbarkeit des § 139 als Mittel, die dingliche Rechtsänderung zu vernichten, wenn im Einzelfall die Lage des Falls und die Billigkeit auch einmal die Vernichtung des dinglichen Geschäfts wünschenswert erscheinen lassen, hat das Reichsgericht schon mehrmals abgelehnt [1]). Leider hat das Reichsgericht die Ansicht noch nicht ganz aufgegeben, daß die Unsittlichkeit des schuldrechtlichen Geschäfts möglichen Falls Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts herbeiführen könne, wenn Letzteres von der Gültigkeit des Ersteren durch stillschweigende Bedingung abhängig gemacht ist [2]). Wenn Breyhan [3]) in seinem 1929 erschienenen Buche glaubt annehmen zu dürfen, daß es sich bei der Verwendung der stillschweigenden Bedingung um Versuche des Reichsgerichts handele, die wieder aufgegeben worden seien und nur wegen des „horror pleni" nicht ausdrücklich zurückgenommen seien, so ist das Gegenteil durch eine spätere Entscheidung vom 8. 1. 1930 [4]) erwiesen, in der das Reichsgericht ausdrücklich die stillschweigende Bedingung unter seinen Ausnahmefällen aufzählt. Breyhan ist jedoch insoweit Recht zu geben, als er behauptet, daß es sich hierbei nicht um ein in langer Rechtsprechung erprobtes Mittel, das Abstraktionsprinzip abzuschwächen, handelt, und daß dieses Mittel so gut wie keine Verwendung findet. Insbesondere hat das Reichsgericht in neueren Entscheidungen zu dieser Frage stets in dem Sinne Stellung genommen, daß auch in dem Falle, wo das unsittliche Grundgeschäft und das Erfüllungsgeschäft in einem Rechtsakte getätigt werden, die allgemeine Regel von der Selbständigkeit beider Geschäfte gelten solle. Besonders klar geht dieser Standpunkt aus einer Entscheidung hervor, wo es sich um eine Handschenkung handelt, bei der beide Geschäfte zeitlich zusammen fallen [5]). Auch gerade bei den häufigen Fällen der Bordellgeschäfte [6]), wo Kausalgeschäft und Uebereignung häufig zusammen abgeschlossen werden, und wo sich ein Parteiwille dahin, die Rechtsübertragung unabhängig von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts zu bewirken, in

1) LZ. 18 S. 1270 ff.; JW. 12, 788; 13, 682; Gruch.B. 59, 901; RG. 78, 44.
2) RG. 57, 951; 104, 703.
3) S. 134; Ferge S. 114.
4) JR. 1930 2. Band Rechtspr. Nr. 595.
5) RG. 111, 15.
6) OLG. Kiel gegen Reichsgericht LZ. 20, 255.

kaum einem Falle feststellen lassen wird, hätte die Vernichtung der Rechtsübertragung vermittels der stillschweigenden Bedingung durch das Reichsgericht am nächsten gelegen.

Sieht man von der stillschweigenden Bedingung ab, so bleiben als Ausnahmefälle des Reichsgerichts dieselben Fälle übrig, die auch hier als unsittlich und deshalb als nichtig behandelt werden. Als die erste Ausnahme nennt das Reichsgericht die Leistung des Bewucherten, da in § 138 Abs. 2 das „Sichgewährenlassen" der Vermögensvorteile für nichtig erklärt werde [7]). Die weitere Ausnahme wird ferner dann angenommen, wenn gerade in der dinglichen Uebereignung die Unsittlichkeit liegt [8]), (z. B. wenn jemand sein gesamtes Vermögen in den Formen des § 930 BGB. einem andern überträgt, sein Geschäft aber unter dem Schein der Kreditwürdigkeit fortführt) und ferner für den Fall, daß gerade die dingliche Uebereignung unsittliche Zwecke verfolgt [9]) (unsittliche Forderungsabtretung zum Zwecke der Benachteiligung des Schuldners im Prozeß). Das Reichsgericht rechnet demnach nach seiner wohl neuesten Entscheidung in dieser Frage vor allem den Wucher, die Sicherungsübereignung zwecks Vollstreckungsvereitelung und die Abtretungen zwecks prozessualer Schädigung des Beklagten hierher; Fälle, welche auch die maßgebendsten Beispiele für die hier vertretene Ansicht sind.

7) RG. 57, 95; 72, 63; 109, 201.
8) RG. 109, 201; 118, 363.
9) RG. 81, 175; Gruch.B. 53, 911 ff. (JW. 09, 270 ff.).

LEBENSLAUF.

Am 20. April 1910 wurde ich in Köthen in Anhalt als Sohn des Bankiers Max Fürstenheim und seiner Ehefrau Marianne, geb. Müller geboren. Seit der Adoption durch meinen Stiefvater Stadtbaurat Heinrich Hilmer führe ich den Familiennamen Hilmer. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession. Bis Michaelis 1925 besuchte ich das Gymnasium in Köthen und daran anschließend das Philipps-Gymnasium in Marburg, an dem ich Ostern 1928 die Reifeprüfung bestand. Ich wandte mich dann dem Studium der Rechtswissenschaften zu und studierte 6 Semester an der Universität in Marburg und 1 Semester an der Universität in München. Nachdem ich im November 1931 am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung abgelegt hatte und anschließend als Referendar am Amtsgericht in Frankenberg an der Eder und am Landgericht in Marburg tätig war, bestand ich am 11. Oktober 1932 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg die mündliche Doktorprüfung.